J. Pract.
183 p
(1
Mittermaier

<36628259210015

<36628259210015

Bayer. Staatsbibliothek

Der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß

in Vergleichung

mit dem preußischen und französischen Civilverfahren und mit den neuesten Fortschritten der Prozeßgesetzgebung

von

Dr. C. J. A. Mittermaier,

Geheimenrathe und Professor zu Heidelberg.

Erster Beitrag.

Dritte durchaus umgearbeitete und sehr vermehrte Auflage.

Bonn, 1838.

Bei Adolph Marcus.

Vorwort.

In einer Zeit, in welcher in allen deutschen Staaten eine lebendige gesetzgeberische Thätigkeit sich regt, in welcher die Vorzüge des Alten, dessen Sinn man oft nicht ergründen mag, so leicht vergessen werden, weil das Neue reizt und glänzt, in der Zeit, in welcher man wechselweise den gemeinen deutschen, französischen, und preußischen Prozeß rühmt, und aus allen Prozeßformen auf eine oft buntscheckige Weise die Institute zu einem neuen Ganzen zusammenzutragen sucht, ist es nicht unverdienstlich, die drei Grundformen mit einander zu vergleichen, sie auf ihre Hauptgrundsätze zurückzuführen, ihren Verzweigungen und praktischen Anwendungen zu folgen, und sie in allen einzelnen prozessualischen Lehren zu prüfen. Die vorliegende Schrift enthält einen nach den angedeuteten Rücksichten bearbeiteten Versuch, welchem, wenn er einer

günstigen Aufnahme gewürdigt wird, im nächsten Jahre ein weiterer Beitrag mit Bearbeitung der übrigen Lehren folgen soll.

Bonn am 18. Juni 1820.

Der Verfasser.

Vorwort
zur zweiten Auflage.

Wenn die Umarbeitung jedes einzelnen Paragraphen der ersten Auflage, die Benutzung der neuesten Prozeßgesetze, z. B. der nassauischen Prozeßordnung und des Gesetzes für Geneve, wenn die Erörterung vieler in der ersten Auflage unerörterter Lehren, und die Berücksichtigung der neuesten Literatur ein Recht geben, die zweite Auflage einer Schrift eine umgearbeitete und verbesserte zu nennen, so darf sich auch die gegenwärtige neue Auflage nicht schämen, mit diesen Prädikaten hervorzutreten. Insbesondere

haben die gefälligen Bemerkungen mancher französischen und preußischen Juristen dem Verfasser Veranlassung gegeben, mehrere Behauptungen der ersten Auflage in Ansehung des französischen und preußischen Verfahrens zu berichtigen. Möge auch die neue Auflage der nämlichen Nachsicht sich zu erfreuen haben, welche der ersten zu Theil wurde.

Heidelberg am 9. Juli 1822.

Der Verfasser.

Vorwort
zur dritten Auflage.

Seit dem Erscheinen der zweiten Auflage des ersten Theils der vorliegenden Schrift ist für die Ausbildung der Civilprozeßgesetzgebung soviel geleistet worden, daß es Pflicht wurde, gewissenhaft die Ergebnisse der neuen Forschungen zu

berücksichtigen und zu prüfen. Eine Uebereinstimmung der Ansichten sucht man freilich vergebens. Noch immer suchen diejenigen, welche mit der Verbesserung der Civilprozeßgesetzgebung sich beschäftigen, entweder ihr Heil darin, daß sie, dem preußischen Prozesse mehr sich nähernd, die richterliche Thätigkeit erweitern, oder durch französische Rechtsideen geleitet, mehr durch Oeffentlichkeit und Mündlichkeit nachzuhelfen suchen.

Der Verfasser hat bei der Bearbeitung der neuen Auflage des Werkes jede seiner früheren Behauptungen strenge geprüft, vielfach sie geändert, alle neuen legislativen Versuche berücksichtigt, die Stimmen der Erfahrung gesammelt, so daß die vorliegende Auflage als ein neues Werk betrachtet werden darf. Der Verfasser empfiehlt sie zur nämlichen wohlwollenden Aufnahme, welche den früheren Auflagen zu Theil wurde.

Heidelberg am 14. Juli 1838.

Der Verfasser.

Inhaltsanzeige.

Seite.

§. I. Einleitung. 1

II. Zusammenhang des Prozesses mit politischen und organischen Einrichtungen. 12

III. Forderungen an die Civilprozeß-Gesetzgebung. 16

IV. Gemeiner deutscher Prozeß. 24

V. Preußischer Prozeß. 36

VI. Französischer Prozeß. 52

VII. Ausbildung des Prozesses durch die Gesetzgebung einzelner Länder. 73

VIII. Verhandlungs- und Untersuchungs-Prinzip. 94

IX. Oeffentlichkeit des Verfahrens. 123

X. Entfernung der Rechtsbeiſtände. 137

XI. Wechselseitiges Verhältniß der Partheien zu einander und Mittel ungerechten Prozessen vorzubeugen 156

XII. Vergleichsversuch. 163

XIII. Eventualmaxime. 177

XIV. Mündliches und schriftliches Verfahren. 187

XV. Anbringung der Klage bei Gericht. 210

Seite.

§. XVI. Trennung des faktischen Vorbringens der Partheien von dem Vortrage der Rechtsgründe. 217

XVII. Mittel zur erschöpfenden Herstellung des Streitpunktes. 225

XVIII. Einrichtung der Schlußverhandlungen zur Sicherheit der Partheien. 239

Einleitung.

§. I.

Nicht leicht war eine Zeit reichhaltiger an Versuchen der Gesetzgebung, das Verfahren zur Verfolgung von Privatansprüchen zu verbessern, als die unsrige. Das Jahr 1837 allein ist das Geburtsjahr wichtiger neuer Prozeßgesetze, entweder solcher, die eine völlig neue Prozeßgesetzgebung einführen, oder doch wesentlich das Alte verbessern, und die Prozeßgesetze von Portugal, Holland, Baiern, Baden, Braunschweig, Sachsen, Luzern, Glarus u. A. gehören dem Jahre 1837 an.

In allen diesen Versuchen äußert sich das nämliche Streben, das Streben nämlich, daß derjenige, welcher Recht hat, zu seinem Rechte gelange, daß zu diesem Behufe auf die schnellste, gründlichste und am wenigsten kostspielige Weise hergestellt werde, wer Recht hat; und daß der Sieger dasjenige, was ihm das Urtheil zuspricht, auch durch den Zwang des Staats sicher erhalte. Nur in den Mitteln und Formen, in welchen man diese Aufgabe zu erreichen sucht, ist Verschiedenheit. Jener große Kampf der Partheien, überall in der Politik, in den kirchlichen Verhältnissen, in der Gesetzgebung wie in der Wissenschaft erkennbar, äußert sich auch hier. Während

eine Parthei, unzufrieden mit allem Bestehenden rastlos vorwärts schreitend nur in Neuerungen ihr Heil sucht, und aus fremden Gesetzgebungen neue Einrichtungen, weil sie neu sind, entlehnen will, sträubt sich die andere Parthei gegen jede Neuerung, überschätzend den Werth des Bestehenden, oder ängstlich darüber, daß wenn man aus dem alten Gebäude einen Balken herausnimmt, bald das ganze Gebäude zusammenstürzen werde; mit Vorurtheil gegen das Fremde erfüllt, sucht sie an dem Bestehenden zu flicken so gut es gehen mag, und das alte Gebäude zu übertünchen. Der Irrthum mancher neuer Gesetzesreformatoren liegt in dem Glauben, daß, weil die Einrichtungen, welche man empfiehlt, im Auslande sich wohlthätig bewährten, sie auch überall trefflich wirken würden. Reformatoren dieser Art gleichen den Aerzten, welche durch Universalarzneien kuriren und ohne Rücksicht auf die Individualität ihrer Kranken überall ihre Heilmittel anwenden.

Auch die Prozeßgesetzgebung theilt mit jeder anderen Gesetzgebung die Natur, daß ihre Vorschriften zweifacher Art sind 1) solche, welche durch die obersten Grundsätze des Rechts und die Forderungen der Vernunft geboten werden; 2) solche, die durch die Prozeßpolitik erzeugt werden, in so fern der Gesetzgeber die gegebenen Verhältnisse seines Landes beachtet und denselben so wie den Lokalbedürfnissen die Formen anzupassen sucht. Ganz vorzüglich bedarf es einer solchen Beachtung der Verhältnisse bei den prozessualischen Formen, die, auf eine gewisse Wirksamkeit berechnet, auch nur unter bestimmten Voraussetzungen wirken können, und als Mittel zur Erreichung eines gewissen Zwecks zu betrachten sind. Ob aber ein solches Mittel zweckmäßig ist, hängt nur von den gegebenen Verhältnissen ab, unter

welchen das Mittel wirken soll, insbesondere von dem Geiste und der Bildung des Volkes, für welche das Gesetz gegeben werden soll, von den politischen Grundformen, von der Gerichtsverfassung des Landes, auf welche die Prozeßform berechnet werden soll. Wer mag im Ernste glauben, daß da, wo Niemand im Volke Interesse für die Oeffentlichkeit hat, sie gedeihen werde: die Frage, ob der Prozeß auf die persönliche Gegenwart der Partheien bei dem Streite, und die mündliche Prozeßführung ohne Theilnahme der Advokaten berechnet werden soll, hängt theils davon ab, ob das Volk auf einer so hohen Bildungsstufe steht, daß man den Partheien die Kunst und Gewandtheit zutrauen kann, ihre Rechtsstreitigkeiten selbst bei Gericht vortragen zu können, theils von den Lokalverhältnissen ab, indem da, wo nur für große Bezirke Gerichte organisirt sind, wo die Bevölkerung des Bezirks nicht dicht zusammenwohnt, sondern zerstreut, z. B. in Gebirgsgegenden lebt, nicht erwartet werden darf, daß die Bürger leicht selbst zu dem entfernten Gerichte gehen und bedeutende Zeit verlieren werden. Wo die Gerichte so organisirt sind, daß die Richter zugleich mit einer Masse von Verwaltungs- und andern der Justiz fremdartigen Geschäften beladen sind, würde eine Prozeßform unpassend sein, nach welcher dem Richter eine sehr genaue Prüfung aller Vorträge, eine mühevolle Vernehmung der Partheien und schwierige Prozeßleitung zur Pflicht gemacht wird. Ueberall zeigt sich, daß selbst die Entscheidung einzelner prozessualischer Fragen mit den besondern Verhältnissen, z. B. der Gerichtsverfassung zusammenhängt. Die Frage z. B., ob man Rechtsmittel beschränken soll, hängt davon ab, ob schon in erster Instanz gute collegialisch organisirte Gerichte bestehen, so daß man

erwarten kann, daß schon das erste Urtheil ein gründliches sorgfältig abgewogenes ist.

Es fehlt auch in Bezug auf die Prozeßgesetzgebung nicht an gewissen Modeansichten, die einen verderblichen Einfluß mehr oder minder ausüben und vorzüglich da bedenklich werden können, wo in größeren gemischten Versammlungen, z. B. in landständischen, über Prozeßgesetze Beschlüsse gefaßt werden sollen. Zu diesen Ansichten rechnen wir die Vorstellung, daß der Zweck der Prozeßgesetzgebung der sein soll, möglichst schnell Prozesse zu beendigen, so wie die Ansicht, daß alle Prozesse Uebel seien, und man daher Alles anwenden müsse, um diese Uebel zu unterdrücken oder ihnen entgegenzuwirken. Aus dieser eben berührten Vorstellung stammt das sonderbare Streben, Advokaten zu entfernen, die man als Verdreher des Rechts und als diejenigen ansieht, welche vorzüglich die Entstehung von Prozessen befördern; auf Rechnung der obigen Ansicht sind auch jene Bestrebungen der neueren Zeit zu schreiben, Vergleiche zu befördern oder Schiedsgerichte zu organisiren.

Diejenigen, welche nur in der Schnelligkeit der Prozesse Heil suchen [1], vergessen häufig, daß sie selbst ihrem Zwecke untreu werden, und daß durch manche von ihnen vorgeschlagenen Mittel im verdoppelten Maaße die Uebel zurückkehren, welche sie gutmüthig verbannen wollen. Jene Abschneidung der

1) Denjenigen, welche die Kürze des Prozesses immer im Munde führen, ruft Griesinger in der Schrift: Ueber Justizorganisationen der neueren Zeit (Tübing 1820 S. 39.) zu: »Die Gerichtshöfe sollen keine Rennbahnen seyn, wo der Richter einziges Bestreben nur dahin geht, diese mit den Partheien so schnell als möglich zu durchlaufen. Die Gerechtigkeit soll nicht auf Kurierpferden durchreiten und nur den an ihr Theil nehmen lassen, der die flüchtige Gottheit zufällig bei den Flügeln faßt.

Appellation gegen Zwischenbescheide, z. B. Beweisurtheile, bewirkt nach der Erfahrung der Länder, in welchen die Versuche gemacht werden, daß dann Bescheide, welche ungeschickt sind und ein unnützes weiteres Verfahren, z. B. Beweisverfahren veranlassen, der weiteren Verhandlung zum Grunde gelegt werden müssen, wo dann erst der obere Richter, wenn die Sache durch die Appellation gegen das Haupturtheil an ihn gelangt, den Fehler gut machen, einen neuen Bescheid geben und ein neues Verfahren veranlassen muß, durch welches die Sache in das rechte Geleise gebracht wird. Wenn Andere durch die Abschneidung der Zwischenpunkte, durch Verweisung derselben ad separatum, durch strenge Contumazialstrafen eine wohlthätige Prozeßgesetzgebung zu begründen suchen, so werden ihre Hoffnungen nicht selten durch die Erfahrung niedergeschlagen; denn aus jenen Zwischenpunkten, welche man nicht zuließ, entstehen nun neue lange dauernde Prozesse; jene strengen Contumazialurtheile veranlassen Restitutionen, welche man bewilligen muß, wenn man nicht das materielle Recht auf das Empfindlichste verletzen will. Neue kostspielige Verhandlungen sind dann die Folgen der gutgemeinten Vorschläge. Mögen diejenigen, welche die Advokaten entferneu wollen, sich die Folgen recht klar machen, mögen sie erwägen, daß durch jene sogenannte Volksmündigkeit, nach welcher die Partheien in Person bei Gericht erscheinen nnd ihre Ansprüche vortragen, häufig tumultuarische und verworrene Prozesse in erster Instanz veranlaßt werden, wo die wirklich rechtlich entscheidenden Gesichtspunkte gar nicht beachtet wurden und wo erst in höherer Instanz nachgeholfen werden muß, so daß dort eigentlich erst der wahre Prozeß verhandelt wird, der in erster Instanz hätte instruirt

werden sollen und können, wenn man Advokaten zum Streite zugelassen hätte. Diejenigen, welche immer die Wohlthat der Vergleiche und Schiedsgerichte im Munde führen, mögen berücksichtigen, daß sie durch ihre Vorschläge dem Ansehn und der Ehre des Gesetzes einen schlechten Dienst erweisen, daß durch solche Vergleiche häufig nur derjenige leidet, welcher wirklich das Recht auf seiner Seite hat, aber gutmüthig, schüchtern und ängstlich ist und von dem schlauen und gewandten Gegner zum Vergleiche genöthigt wird.

Man darf nicht ganz läugnen, daß die Prozeßsucht und die Vermehrung der Prozesse ein Uebel sind; aber die Uebel, welche wir leicht im Gefolge der Häufigkeit der Prozesse finden, sind nicht die Folgen der Prozesse selbst, sondern theils der übrigen Theile der Gesetzgebung, theils der Gerichtsverfassung, theils der schlechten Einrichtung des Verfahrens. Von einem höheren Standpunkte aus erscheinen die Prozesse als die nothwendigen Folgen des Verkehrs unter den Menschen. Jeder neue Prozeß ist die Folge eines neuen Rechtsverhältnisses, und jedes solche ein Beweis eines lebhaften bürgerlichen Verkehrs, einer raschen Cirkulation des Geldes, und eines erhöheten Nationalwohlstandes. Mögen diejenigen, welche in der Registratur eines Landgerichtes wenig Prozeßakten finden, und sich darüber freuen, nicht vergessen, daß nicht selten dieser Mangel an Prozessen ein Beweis der Armuth des Landstrichs und des Mangels an Verkehrs- und an Nahrungsquellen ist. Nur der geringen Bekanntschaft mit gerichtlichen Verhältnissen und mit Registraturen ist es zuzuschreiben, wenn man häufig die Prozesse auf Rechnung der Bosheit oder absichtlicher Chikane setzt; nicht die muthwilligen Prozesse bilden die Regel;

betrachtet man die Mehrzahl der Prozesse, besonders nach dem Stande unserer gemeinrechtlichen Civilgesetzgebung, welche Controversen im hohen Grade begünstigt, so liegen sehr häufig Fälle vor, in welchen jemand aus Irrthum fordert oder abläugnet, oder wo schwierige Rechtsfragen die Partheien berechtigen, ihr Glück zu versuchen, und auf den gerichtlichen Ausspruch zu provociren, oder wo verwickelte nicht leicht zu entwirrende faktische Fragen und gegen einanderlaufende Beweise jeder Parthei den Sieg zu versprechen scheinen, oder wo zu großes Vertrauen oder Mangel an Verabredung die Entscheidung eines unpartheiischen Dritten nothwendig macht. In allen solchen Fällen ist die Klage über Chikane und muthwilligen Streit ungegründet, ein Streit, eben weil Gründe für und wider kämpfen, ist unvermeidlich, der, wenn er auf rechtlichem besonnenem Wege geführt wird, einen Prozeß erzeugt. Freilich rufen uns die Moralisten zu: vertragt euch in Güte! wählt den Vergleich und seyd nachgiebig! Wer aber die Welt nicht bloß aus dem Buche kennt, kann schwerlich dieser Ansicht beistimmen; in den meisten Fällen würde derjenige, welcher durch Geld, Ansehen oder Verstand und Kühnheit vor seinem Gegner sich auszeichnete, auch ein Uebergewicht ausüben, und der friedliebende Unverständige und Schüchterne würde Unrecht behalten. Die große Anpreisung der Vergleiche hat auch ihre Kehrseite; während in einem würdigen, festen, unbeugsamen Bestehen auf dem, was man als Recht erkennt, männliche Kraft und fester Sinn, Achtung des Rechts, und dadurch ein kräftiger Sinn für die höheren Güter des Lebens sich aussprechen, verräth ein ängstliches Vergleichstiften, eine nicht achtungswürdige Feigheit, einen Mangel an Rechtsgefühl, und erzeugt zuletzt schwache

Menschen, welchen alles, was Anstrengung und Kraft fordert, gleichgültig, und nur die gemeine Bequemlichkeit des Lebens vom höchsten Werthe ist. — Wer mag es verkennen, daß selbst der Prozeß neue Tugenden weckt, an deren Bildern jeder Freund des Rechts hängt? Wer verehrt nicht den Sinn der Gründlichkeit, mit welchem auch die trübsten faktischen Verhältnisse entwirrt werden, die Klarheit des Ausspruchs, der den Streit entscheidet und die Ruhe der Familien sichert, die Kraft und den Muth, mit welchem ein Gericht lieber Gehalt und bürgerliche Existenz opfert, wenn die Stimme der Machthaber eine Abweichung von dem ewigen Rechte gebeut, und den Heroismus, mit welchem der Anwalt die Rechte des Unterdrückten vertheidigt? Wer mag hier von dem Rechte und denen, welche es mit Ernst und Berufstreue handhaben, verächtlich sprechen, wenn er sich nicht selbst als Freund des Unrechts bekennen will? Mit Unrecht verdient daher der Prozeß die Stimme des Hasses, welche so häufig laut wird, aber wohl ist er der höchsten Aufmerksamkeit der Gesetzgebung werth, damit nicht durch das Gesetz selbst und diejenigen, welche dasselbe handhaben, alle jene Uebel erst erzeugt werden, welche man oft dem Prozesse überhaupt zuschreibt. Vorzüglich wünschenswerth wäre es, wenn diejenigen, welche mit der Bearbeitung der Prozeßgesetzgebung sich beschäftigen, mehr die Zeugnisse der Erfahrung und daher die Ergebnisse benützten, welche die Civiljustizstatistik darbietet [2]). Zwar haben bisher erst nur wenige Staaten

2) Der Verfasser dieser Schrift hat versucht in Pölitz Jahrbüchern 1831 Februarheft Nr. I. den Werth der Civiljustizstatistik nachzuweisen, und in einem Aufsatze im Archive für civilist. Praxis XV. Bd S. 1 — 26 einige Ergebnisse dieser Statistik zusammengestellt.

solche Arbeiten bekannt gemacht, und man muß dies doppelt beklagen, da nur auf dem Wege, wo die Zahlen dem, der sie zu benutzen versteht, große Ideen gewähren, es möglich ist, über den Werth mancher Einrichtungen gründlich zu urtheilen und auf Mängel oder Lücken der Gesetzgebung aufmerksam zu werden. Was bisher von Frankreich [3]), Belgien [4]), Genf [5]), Oesterreich [6]), Würtemberg [7]), in dieser Hinsicht geliefert wurde, ist schon bedeutend genug um den Wunsch zu erwecken, daß auch andere Staaten bald dem Beispiele dieser Länder folgen möchten. Aus dieser Civiljustizstatistik würde man 1) erkennen, daß jene geringe Zahl von Prozessen in einzelnen Ländern oder Provinzen eines Landes, im Gegensatz anderer, die weit mehr Prozesse zählen, nicht immer als Zeugniß des trefflichen moralischen oder staatswirthschaftlichen Zustandes solcher Gegenden ist; daß sie vielmehr nicht selten nur auf Rechnung lokaler Verhältnisse, die z. B. den Zugang zu den Gerichten

---

3) Zuerst erschien im Jahre 1831 der Compte général de l'administration de la justice civile en France pendant les dix années écoulées (seit 1820 bis 1830.) — — Seit 1831 erscheint regelmäßig ein solcher Compte in jedem Jahre.

4) Zum erstenmale erschienen i. J. 1837. Compte de l'administration civile en Belgique pendant les années judiciaires 1832 — 1836. Bruxelles 1837.

5) Hier erscheint regelmäßig in jedem Jahre ein Tableau des opérations des tribunaux. Eine treffliche Benutzung dieser Tableaux findet sich in dem nach Bellot's Tode herausgegebenen Werke: Loi sur la procédure civile du Canton de Génève suivie de l'exposé des motifs, par Bellot. seconde édition. Génève 1837.

6) Eine sehr wichtige Abhandlung über die Civiljustizstatistik von Oesterreich von 1819 — 1832, von Springer, befindet sich in der Zeitschrift für österreich. Rechtsgelehrsamkeit 1834 2. Abthlg. Seite 51 — 66.

7) In Memminger's würtemberg. Jahrbüchern für vaterländ. Geschichte in mehreren Jahrgängen zerstreut.

den Rechtsuchenden sehr erschweren [8]), oder auf Rechnung des geringen Verkehrs [9]) oder einer gewissen Gleichgültigkeit und niedrigeren Bildungsstufe der Bewohner zu setzen ist, während sie an anderen Orten sich daraus erklärt, daß die Gerichte der Gegend schlecht organisirt sind, und man lieber sich vergleicht, Schiedsrichter wählt, oder lieber sogar Unrecht duldet, als daß man an Richter sich wendet, zu welchen man kein Vertrauen hat. Oft ist auch der Umstand, daß der Prozeß des Landes schlecht, sehr kostspielig, sehr langsam ist, ein Erklärungsgrund der geringeren Zahl von Prozessen.

2) Diese Civiljustizstatistik belehrt, daß gewisse Prozeßformen vorzüglich geeignet sind, zur Beschleunigung der Prozesse beizutragen, weil da, wo in einer oder in zwei mündlichen Verhandlungen vor den versammelten Richtern durch Plädoirieen die Ansprüche klar und erschöpfend vorgetragen werden, die Richter schneller in den Stand gesetzt werden ein Urtheil zu fällen, als da, wo durch den Schriftenwechsel, welcher Monate lang sich fortschleppt, durch die Aufstellung vom Referenten, der lange Zeit zur Vorbereitung nöthig hat, bedeutend längere Zeit eine Rechtssache bei den Gerichten liegt, bis sie entschieden werden kann [10]).

---

8) Z. B. wenn die Rede von Gebirgsgegenden ist, in welchen die Höfe zerstreut liegen und es z. B. im Winter höchst beschwerlich ist zu Gericht zu gehen.

9) Es ist merkwürdig wie groß die Verschiedenheit der Zahl der Prozesse in Städten und der auf dem flachen Lande ist. In Wien kommt nach 10jährigem Durchschnitt auf 92 Individuen 1 Prozeß, in Triest auf 31 Einwohner und in Mähren und Schlesien auf 905 Individuen. Springer in der Zeitschrift a. a. O. S. 57. — In Preußen trifft in Schlesien auf 37 und in der Provinz Westphalen auf 10 Einwohner ein Prozeß.

10) Mein Aufsatz in Pölitz Jahrbüchern S. 100.

3) Die Benutzung der Civiljustizstatistik wird wichtig, um über den Werth mancher Einrichtungen durch die Schicksale urtheilen zu können, welche die Urtheile in der Appellationsinstanz erleiden. Man wird sich überzeugen, daß die Zahl der Urtheile, welche in höherer Instanz reformirt, verglichen mit der Zahl derjenigen, welche bestätigt werden, beweist, daß weit mehr Urtheile, die von Einzelnrichtern gefällt werden, und weniger solche, die von Collegialgerichten ausgehen, reformirt werden, was einen (wenn auch mit Vorsicht anzuwendenden) Schluß darauf begründen kann, daß Collegialgerichte in der Regel gründlichere Urtheile fällen [11].

4) Auch über die Mittel, welche im Prozesse der Gesetzgeber begünstigen oder beschränken soll, giebt diese Statistik Aufschluß. Wenn z. B. sich ergiebt, daß in einem Lande, wenn Eide von einer Parthei der andern zugeschoben werden, der Delat sie regelmäßig ableistet, während aus den Tabellen anderer Länder nachzuweisen ist, daß häufig die Partheien, denen Eide zugeschoben werden, sie nicht ableisten, sondern zurückschieben, so dürfte man nicht ohne Grund darauf schließen, daß in den Ländern der letztern Art das Volk noch gewissenhafter ist, die Heiligkeit des Eides höher achtet, weil die Parthei lieber den irdischen Vortheil aufgiebt, als mit einem Meineide ihre Seele zu belasten.

11) Ueber Appellationen. Mein Aufsatz in dem Archiv für civilist. Praxis XV. S. 23.

§. II.

Zusammenhang des Prozesses mit politischen und organischen Einrichtungen.

Die Geschichte lehrt, daß selten ein Volk irgend eine wichtige Revolution in seiner politischen Existenz bestand, ohne daß dadurch nicht auch die Gesetze über die Prozedur mit betroffen worden wären [1]. Wenn auch der bürgerliche Prozeß nicht eine so unmittelbare Beziehung auf bürgerliche und individuelle Freiheit hat, wie der Strafprozeß, so kann doch nicht verkannt werden, daß der ungeschmälerte Genuß bürgerlicher Rechte zu den vorzüglichsten Wohlthaten einer gesicherten Staatsgesellschaft gehöre. Sobald es gleichgültig scheint, ob der, welchem das Eigenthum einer Sache gebührt, dies auch erhalte, ob dem Berechtigten sein Recht auf Bezahlung einiger Thaler zngesprochen werde, sobald verliert sich auch im Staate die heilige Achtung des Rechts selbst, und bald werden, wie in einer Zigeunergesellschaft, ohne Interesse für etwas Höheres, ohne politischen Sinn, die Bürger nur ihre Bequemlichkeit erwägend, auch die Achtung der wichtigeren Rechte, mit welchen die Freiheit zusammenhängt, verlieren. Zu einer vollständigen Verfassung, die auf die höchste Sicherheit aller Rechte der Bürger berechnet ist, gehört daher auch die Sicherheit des Bürgers, daß jedes Recht ohne Rücksicht auf den Stand des Gegners, ohne Einmischung fremder das Recht beugender Einflüsse, dem Berechtigten, wenn er im Falle des Bestreitens

---

1) J. D. Meyer, esprit origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe (La Haye 1819) I p. XXX.

den Schutz des Staats anrufen muß, werde zugesprochen werden, und der Grad bürgerlicher Freiheit und der politischen Verfassung hat hier auch auf den Prozeß Einfluß.

1) Es gehörte zu den nachtheiligsten Ansichten der neueren Zeit, welche die Prozeßordnung aus ihrem natürlichen Zusammenhange mit ihrer Grundlage, der Gerichtsverfassung gerissen hat, und in dem Glauben sich gefiel, daß es nur einer Anordnung von Bedingungen und Formen für jede einzelne prozessualische Handlung, und einer Instruktion für die Richter bedürfe. Man vergaß dabei, daß das beste Prozeßgesetzbuch erst Leben und Bedeutung durch die Richter und die übrigen mitwirkenden Personen erhalten muß, welchen die Ausübung der Justiz anvertraut ist. Findet sich auch im Staate das schönste Fachwerk in der richterlichen Organisation, sind aber die Stellen leichtsinnig mit nicht gehörig unterrichteten, schlecht besoldeten, und abhängigen Personen besetzt, oder sind sie so sehr mit anderen Geschäften überladen, daß das Richteramt nur wie eine Nebensache getrieben werden kann, oder daß die in der Prozeßordnung weise gegebenen Vorschriften zur Aufsuchung der Wahrheit, z. B. wie in dem preußischen Prozesse, gar nicht befolgt werden können, so ist das ganze Prozeßgesetzbuch nur auf dem Papiere blendend und des Verfahren wird ein Inbegriff von Formen, bei welchen die Richter nur darauf sehen, daß die Form beobachtet werde, ohne Rücksicht darauf, wie sie befolgt wird.

2) So liegt auch in der Stellung des Richters zu den Inhabern der politischen Macht im Staat ein Grund der Beruhigung oder der Besorgniß für jeden Streitenden. Vertrauend überläßt er die Entscheidung seiner Rechtssache einem Richter, der durchaus

unabhängig, nur durch förmlichen Richterspruch auf den Grund eines Verbrechens von seinem Amte entfernt werden kann, und daher auch als unbeugsamer Priester der Gerechtigkeit Niemanden scheut, als Gott und sein Gewissen, vor keiner Laune eines Machthabers zittern muß, wenn die Entscheidung nicht den Wünschen des Mächtigen gemäß ist, während mißtrauisch der Bürger an den Richter sich wendet, welcher in jedem Augenblicke von seiner Stelle nach Laune zu entfernen, keinen Muth haben kann, das Recht auszusprechen, wenn er fürchten muß, daß der Ausspruch desselben ihm sein Amt rauben könnte. Die Gefahr einer das Recht beugenden Einmischung kann nicht blos in Monarchieen, sondern ebenso und oft in einem weit höheren Maaße in Republiken begründet sein, wenn die Richter nicht so gestellt sind, daß sie nicht von der Gunst derjenigen abhangen, die eben die herrschende Parthei bilden. Die Gefahr ist da, wo eine große Zahl kleiner Machthaber an der Spitze der Regierungsgeschäfte stehet, oft weit größer als in Monarchieen, da diese kleinen Herren gerne die augenblickliche Herrschaft, auf deren Dauer sie selbst nicht sicher rechnen können, benutzen, und da, wo die Gerichte nicht bereitwillig die Hand zu den Plänen der Machthaber bieten, mit eisernem Scepter herrschen, Richter absetzen oder eine Sache von den Gerichten abrufen.

3) Vor allem giebt eine feste Verfassung des Staats überhaupt auch dem Rechte eine feste Grundlage [2]. Nur da ist bürgerliche Freiheit, nur da blüht das Recht, wo keine Kabinetsinstanz einwirken kann, wo der Regent nicht, wenn ein Prozeß gegen ihn oder seine Günstlinge begonnen werden

---

2) Archiv für civilist. Praxis III. Bd. S. 222.

soll, durch Befehle die Niederschlagung des Prozesses gebieten, oder den Gerichtsstellen die Art der Entscheidung auftragen kann, wo jedes Collegium vielmehr durch die feste Verfassung Muth erhält, im Falle einer Kabinetseinwirkung auf das geheiligte Wort des Regenten sich zu berufen.

4) Wo endlich auch der Fiskus Recht vor seinen Gerichten nimmt, wo eine völlige Gleichheit der Bürger vor dem Gesetze herrscht, wo keine privilegirte Instanz den Glauben erweckt, daß der Staat Ausnahmen bei dem Rechte machen wolle, da ist eine sichere Rechtsverfassung, und der Prozeß ist dann auf eine feste Grundlage gebaut.

5) Von besonderer Bedeutung ist auch das Verhältniß der richterlichen Gewalt zu den Verwaltungsstellen in Bezug auf die Frage: was als Gegenstand des Prozesses zur Competenz der Gerichte gehört oder der Verwaltung überwiesen ist? Hier wird es wichtig, in welchem Umfange die Gesetzgebung der richterlichen Gewalt eine Befugniß einräumen [3], z. B. auch selbst über politische Fragen, z. B. in Amerika, oder doch über Wahlen, z. B. in Frankreich, entscheiden lassen will, oder nur eine solche Stellung den Gerichten zuerkennt, nach welcher diese nur über streitige Privatrechte entscheiden dürfen, z. B. in Deutschland. In diesem Falle kommt es wieder darauf an, daß den Gerichten nicht unter dem Vorwande, daß sonst das öffentliche Interesse leiden könnte, Gegenstände, die wahre Privatrechtsstreitigkeiten enthalten, entzogen und als sogenannte administrativ contentiöse Sachen zur Entscheidung an Behörden zugewiesen werden, welche nicht die nöthigen Garantieen der Unabhängigkeit und der

---

3) v. Rotteck, Vernunftrecht III. Thl. S. 176.

Rechtsintelligenz darbieten, durch welche allein ein Vertrauen der Bürger zu den Urtheilen begründet werden kann [4]). Es kommt endlich darauf an, daß nicht in Fällen, wo die Regierung eine Sache den Gerichten entziehen und daher einen Competenzconflikt erheben will, durch die langsame, unbestimmte und die Entscheidung um Monate oder Jahre beliebig verzögernde Verhandlung und durch die Behörde, welche den Competenzconflikt zu entscheiden hat, ein Mißtrauen der Bürger, und die Besorgniß begründet werde, daß man dem Rechte nicht freien Lauf lassen wollte [5]).

---

§. III.

Forderungen an die Civilprozeß-Gesetzgebung.

Wenn vorzüglich die Einsicht von den Nachtheilen der Ungleichheit physischer Kräfte die Bürger im Staate von der Unzweckmäßigkeit der Selbsthülfe überzeugt, und den Wunsch nach einer Einrichtung hervorbringt, bei welcher der wahrhaft Berechtigte sicher sein Recht erhält, so muß als eine Grundforderung der Bürger an die Prozeßgesetzgebung, welche die Selbsthülfe surrogiren will, nie gedacht werden, daß Gleichheit der Streitenden vor Gericht sey. Erwägt man aber die natürlichen Verhältnisse der

---

4) Archiv für civilist. Praxis IV. S. 354.

5) Pfeiffer prakt. Erört. III. S. 263. Archiv für civilist. Praxis XIII. S. 95. XVII. S. 317.

Streitsführung, so tritt leicht, wie bei der Selbsthülfe eine Ungleichheit der physischen Kräfte begründet sein kann, bei dem geordneten Streite vor dem Richter eine natürliche Ungleichheit der intellektuellen Kräfte der Streitenden ein. Denkt man sich einen Prozeß, in welchem die Partheien in Person vor ihrem Richter erscheinen, und selbst ihren Streit führen, so wird bei der natürlichen Ungleichheit der Talente der Schüchterne, Unbeholfene einen ungleichen Kampf gegen den Gewandten, Muthvollen, Klugen zu bestehen haben; während der Eine, dem die Natur die Gabe fertig sich auszudrücken versagt hat, kaum einen deutlichen Begriff von seiner Sache und den Gründen derselben dem Richter beibringen kann, wird der als Redner Geübte, mit glücklicher Darstellungsgabe versehene Gegner das Gericht leicht überzeugen; während der Kluge und Geübte schlau seine Worte auf die Wagschale legt, seine Erklärungen in ein Halbdunkel stellt, wird die sich selbst überlassene ungeschickte Parthei sich selbst verrathen, und durch das Unpassende ihrer Ausdrücke sich schaden, nicht das Recht wird siegen, sondern der Klugheit und dem Talente wird der Sieg werden. Eine Gesetzgebung, welche nun diese Ungleichheit der Kräfte nicht berücksichtigte, würde mit Recht eine unzweckmäßige genannt werden. Alle Versuche der Prozeßlegislation bezwecken daher dieser eben geschilderten Ungleichheit entgegenzuwirken, und Gleichheit der Partheien herzustellen. Die Mittel hiezu können zweifacher Natur seyn.

1) Entweder wird durch die Beiziehung rechtsgelehrter und gewandter Advokaten die Gleichheit der Streitkräfte bewirkt, indem hier zwei präsumtiv an Kenntnissen und Darstellungsgabe sich gleiche, gehörig vorbereitete, von den Partheien für die sie auftreten

mit allen Instruktionen und Nachweisungen versehene Personen sich gegenüber stehen, die Rechte ihrer Klienten dem Richter vortragen, und von der Wahrheit ihrer Sache ihn zu überzeugen suchen.

2) Oder das Gesetz giebt dem Richter selbst eine solche Stellung im Prozesse, durch welche er in seinem Berufe, Wahrheit zu erforschen, nicht von der Art des Vorbringens der Partheien abhängt, daher nicht Gefahr läuft, durch listige Darstellungen einer Parthei getäuscht zu werden, wo vielmehr der Richter die Partheien selbst vernimmt, die zweckmäßigsten Mittel um die Wahrheit von den Partheien zu erfahren, wählt, und durch seine unpartheiische Thätigkeit, durch unermüdetes persönliches Benehmen mit den Partheien, durch die Sorgfalt, daß keine Parthei übereilt werde, durch zweckmäßige Befragung einer schüchternen Parthei, oder durch gehöriges Aufmerksammachen auf die etwa sonst übersehenen Punkte sich jene Grundlage der Verhandlungen selbst sucht, unter deren Voraussetzung allein ein gerechtes Urtheil gefällt werden kann.

Da nun jeder dieser Wege, wenn er nur einseitig verfolgt wird, seine Unvollkommenheiten hat, da auch bei der Streitsführung durch Advokaten die Ungleichheit der Kräfte nicht wegfällt, indem nicht gleich talentvolle, kenntnißreiche, eifrige und fleißige Advokaten sich gegenüber stehen werden, indem selbst die reichere Parthei nur zu leicht der besten und ausgezeichnetsten Anwälte sich bemächtigt [1]; während

---

1) Es gehört zu den Kunstgriffen reicher Partheien in Frankreich, schon bei dem Beginnen des Prozesses noch in erster Instanz, schon den besten Advokaten bei dem Appellationsgerichte für sich eventualiter zu bestellen, und von den übrigen tüchtigen Anwälten sich Consultationen geben zu lassen. Kommt dann später die Gegenparthei an den

die arme Parthei in die Lage kommen kann, sich mit einem mittelmäßigen Vertreter begnügen zu müssen, da eben so sehr bei dem zweiten Wege zu besorgen ist, daß wegen des großen Einflusses, den das Menschliche auf den Richter hat, die Ungleichheit der Kräfte der Partheien sich geltend machen, und unwillkürlich Partheilichkeit der Richter einwirken wird, so geht

I. eine Hauptforderung an eine Prozeßgesetzgebung dahin: einen solchen Mechanismus des Verfahrens anzuordnen, in welchem die Ungleichheit der Kräfte der streitenden Theile durch zweckmäßige Einwirkung der Richter und durch gestattete Beiziehung von Vertretern der Partheien so ausgeglichen wird, daß am wenigsten materielles Unrecht in formelles Recht übergehen kann.

II. Zur gerechten Prozeßführung gehört als Grundlage eine solche Gerichtsverfassung, durch welche die umsichtigste und vollständigste Verhandlung der Partheien, und alle zu einer gerechten Urtheilsfällung nothwendigen Anstalten möglich gemacht wird. Insbesondere gehört hiezu

1) eine solche Stellung der Gerichte, daß durch keine Einmischung von Verwaltungsrücksichten oder durch eine zugleich vom Gerichte ausgeübte administrative Gewalt das Recht erschüttert und unwillkürlich nach dem Wunsche des Machthabers gedreht werden kann;

2) eine solche Unabhängigkeit der Gerichtshöfe, daß keine Parthei das Einwirken einer Kabinetsinstanz oder einen höheren Einfluß zu fürchten braucht,

---

Sitz des Appellationshofs, so ist der beste Advokat schon gewählt und die anderen tüchtigen können die Sache nicht mehr übernehmen, weil sie schon für den Gegner Consultationen gegeben haben.

durch welchen ihr für einen schon anhängigen Prozeß ein Richter aufgedrungen oder dem Gerichte eine gewisse Urtheilsfällung oder das Liegenlassen eines Prozesses geboten würde [2]);

3) eine Besetzung der Gerichtshöfe mit solchen Richtern, daß der angestellte Richter mit so viel Umsicht, Festigkeit und Kenntniß da steht, daß die Partheien diesen Richter, auch wenn er nicht angestellt wäre, freiwillig gerne selbst als ihren Schiedsrichter wegen des Vertrauens zu ihm wählen würden;

4) ein solches Verhältniß des einzelnen Richters zur Regierung, daß kein Richter, wenn er auch ein Urtheil gegen den Staat oder gegen einen Mächtigen fällt, besorgen muß, daß die Folge der frei geäußerten Ueberzeugung Entsetzung oder Verfolgung seyn werde;

5) eine Einrichtung, bei welcher ohne Unterschied des Standes jeder gleich vor dem Gesetze ist, jeder daher auch von dem Kläger vor Gericht gezogen werden kann, wenn er Rechte verletzt hat, oder Forderungen eines Privatmannes nicht anerkennen will. Eine wichtige Folge ist daraus die Nothwendigkeit der Gleichstellung des Fiskus mit den übrigen Partheien vor Gericht. Sehr schwer vereinbar mit einer gerechten Justizverwaltung ist das Privilegium der ewigen Minderjährigkeit des Fiskus [3]) oder die Anordnung vieler Vorbedingungen, unter welchen eine Klage gegen den Fiskus bei Gericht angenommen werden darf [4]).

---

2) Wer eine Vertheidigung der Kabinetsjustiz will, findet Materialien dazu in Haller's Restauration der Staatswissenschaft II. Th. S. 224.

3) In der Braunschweigschen Verfassungsurk. v. 1832 §. 199 sind alle Privilegien des Fiskus aufgehoben.

4) Sehr beachtungswürdige Bemerkungen in Graf v. Arco von den Ursachen der außerordentlichen Zunahme der Be-

III. Eine andere Forderung der Bürger in Bezug auf Prozeß geht auf das Verhältniß der streitenden Theile unter sich bei der Prozeßführung und zwar darauf, daß 1) jeder Parthei möglich gemacht werde, alle ihre Behauptungen und Gründe vollständig eben so wie ihr Gegner vorzutragen; 2) daß sie über jeden Antrag und jede neue Behauptung gehört und zur Vertheidigung gelassen werde, ehe über den Antrag ein Urtheil gefällt wird; 3) daß keine Gerichtshandlung, bei welcher eine Parthei betheiligt ist, ohne Zuziehung und Theilnahme der anderen Parthei vorgehe.

IV. Nicht unwichtiger endlich ist die auf das Verhältniß der Partheien zu dem Gerichte sich beziehende Forderung einer weisen Oeffentlichkeit und Wechselseitigkeit, aus welcher die Befugniß hervorgeht a) dem Gerichte selbst ihre Sache vortragen zu dürfen, wenn nicht entscheidende Gründe im einzelnen Falle es nothwendig machen, daß ein Bevollmächtigter auftrete; b) das Recht allen beurkundenden Gerichtshandlungen, so wie bei der Benutzung der Beweismittel gegenwärtig seyn, und darauf einwirken zu dürfen, z. B. bei Zeugenvernehmung; c) das Recht bei den Gerichtsverhandlungen, durch welche die Verhandlungen an alle Gerichtsmitglieder gelangen, z B. bei der Relation gegenwärtig zu seyn.

Indem die Bürger solche Forderungen an den Staat machen, begegnen sie auf der anderen Seite Forderungen des Staats, ohne deren Erfüllung die Wünsche der Bürger nicht realisirbar sind, aus

---

rufungen zur dritten Instanz S. 104—109. u. Minnigerode Beiträge zur Beantwortung der Frage: Was ist Justiz und was Administrativsache? Darmstadt 1835. S. 104.

deren Zusammentreffen Befugnisse des Staats entstehen, und zwar

1) die Befugniß zu verlangen, daß die Partheien, wenn sie einmal zu Gericht gehen, sich auch allen Formen und Bedingungen unterwerfen, ohne welche der Zweck des Prozesses nicht erreicht werden kann;

2) das Recht, einen gewissen Gang des Prozesses festzusetzen, die Folgenreihe der prozessualischen Handlungen, ihre Zahl und ihren Zusammenhang zu bestimmen, um auf einer Seite die aus gegenseitiger Erbitterung der Partheien erklärbare Neckerei, Prozeßverzögerung und Willkür zu verbannen, auf der anderen durch die voraus geschehene Bestimmung jeder Klage über richterliche Willkür vorzubeugen.

3) Daraus erklärt sich auch das Recht, dem Richter eine solche Gewalt einzuräumen, wodurch er ohne Verletzung der Unpartheilichkeit nur so weit von den Partheien Aufklärungen verlangen kann, als es ihm nothwendig ist, um über die Begründung der vorgetragenen Ansprüche entscheiden zu können.

4) Daher verlangt auch der Staat, daß die Partheien, wenn sie einmal ihren Rechtsstreit vorgetragen haben, dabei strenge stehen bleiben, und nur diesen auf die Grundlagen der Klage und Vertheidigung gebauten Streit ohne weiteres Ausschweifen und Aendern zum Gegenstande der Entscheidnng machen, womit

5) die Forderung zusammenhängt, daß die Partheien ihre Ansprüche und Vertheidigungsgründe nicht beliebig zerstreut, sondern auf einmal und geordnet vortragen, um eine eben so geordnete Erklärung darüber dem Gegner, und eine vollständige Uebersicht dem Richter möglich zu machen.

6) Daher muß der Staat endlich das Recht haben, Termine mit präclusiver Kraft zu setzen, das Vorbringen der Partheien an diese zu binden,

um einem endlosen Ausschweifen und chikanösen Verzögerungen vorzubeugen.

V. Eine Forderung an den Gesetzgeber, in Bezug auf den Prozeß, ist die Organisirung eines Verfahrens, das auf möglichste Schnelligkeit berechnet ist [5]), ohne der Gründlichkeit zu schaden, und den Nachtheil herbeizuführen, daß aus einem Prozesse zwei entstehen, oder nach Beendigung eines Streits eine Parthei zur Anstellung eines neuen Prozesses genöthigt wird, weil sie mit Ansprüchen oder Einreden, die sie im Hauptstreite geltend machen wollte, abgewiesen worden ist.

VI. Vorzüglich muß dafür gesorgt werden, daß nicht durch das Verfahren dem formellen Rechte zu viel geopfert werde und materielles Unrecht in formelles Recht übergehe. Diese Forderung wird leicht verletzt durch ein zu großes Streben nach Schnelligkeit, durch zu kurze Termine und eine übermäßige Strenge in der Bewilligung der Fristen, weil dadurch die Partheien leiden, welche die Führung ihrer Rechtsstreitigkeiten den Anwälten vertrauensvoll übertrugen und selbst übertragen mußten und nun die Schuld der Anwälte büßen sollen, welche selbst häufig, durch den Drang ihrer Geschäfte, ihre Entschuldigung finden.

Ist nun das Gesetz zu strenge und gestattet es nicht die Verhältnisse des Falles zu erwägen und Nachsicht eintreten zu lassen, so ist die unvermeidliche Folge, daß entweder durch Restitutionen gegen die Versäumniß-Dekrete die Prozesse verschleppt werden, oder wenn man Restitutionen nicht zulassen will, das materielle Recht verletzt wird.

---

5) Ueber den obersten Grundsatz des Civilprozesses Haimerl in dem Archiv für civilist. Praxis XVIII. Bd. S. 62.

§. IV.

Gemeiner deutscher Prozeß.

Betrachten wir nach den aufgestellten Forderungen, nach der Rücksicht des Zusammenhanges des Prozesses mit politischen Einrichtungen unseren gemeinen deutschen Prozeß, so möchte bei der einfachen Erwägung, daß seine Quellen aus drei in einem Zeitraume von zwei Jahrtausenden bei verschiedenen Völkern unter ganz verschiedenen Verhältnissen ausgebildeten Gesetzgebungen bestehen, die Hoffnung einer aus Einem Gusse hervorgegangenen, unseren Verhältnissen anpassenden und zusammenhängenden Gesetzgebung verschwinden. Als die Grundlage derselben besitzen wir zum Glücke das römische Recht, auf welche auch die übrigen nachfolgenden Gesetzgebungen sich immer bezogen, und hier giebt uns der römische Prozeß das erfreuliche Bild eines auf der höchsten Privatfreiheit beruhenden Verfahrens, in welchem viele herrliche Theile uns nur deswegen weniger glänzen, weil wir theils nur zu oft unsere Vorstellungen in das römische Recht trugen, theils weil die älteren Quellen noch lückenhaft sind, theils weil wir die organischen Umgebungen des römischen Prozesses nicht hinreichend kennen, wohin die administrativen Verhältnisse der Römer, ihre Anstalten zur Verwaltung unserer sogenannten freiwilligen Gerichtsbarkeit, ihre Bestimmungen über Sicherung des Urkundenbeweises u. a. zu rechnen sind. Hierin aber, und weil jeder Prozeß mit solchen organischen Umgebungen zusammenhängt, liegt schon der erste Grund, welcher die Anwendung des römischen Rechts im Prozesse oft erschwert. Theils uns unbekannt, theils,

wie wir annehmen dürfen, als republikanische und alterthümliche weit von unseren heutigen Einrichtungen verschieden, bedingten diese Einrichtungen mehrere Theile des Prozesses, und Aussprüche, die wir jetzt, wie z. B. bei dem Urkunden- und Zeugenbeweise, sicher mißverstanden, anwenden. Nicht weniger kommen wir in Verlegenheit, wenn wir erwägen, daß ein großer Theil von Bestimmungen, die wir oft buchstäblich und verkehrt anwenden, nur mit dem römischen mündlichen Prozesse zusammenhängen, wie dies bei der Eventualmaxime (§. 13) nicht verkannt werden kann, und bei den nach heutigem Prozesse scharf in Schriften abgeschlossenen Abtheilungen der actio, exceptio, replica der Fall ist, bei welchen das römische Recht von dem was wir oft dabei lehren, nichts weiß. Wer mag es verkennen, daß, um nur eines zu berühren, die Lehre von der Klageänderung mit dem mündlichen römischen Prozesse zusammenhing, wo der status controversiae freilich ohne große Schwierigkeit nach den Einflüssen eines geänderten Merkmals auf die Resultate der bisherigen Verhandlungen umgestaltet werden konnte [1]), was bei unseren streng abgetheilten und gesetzlich aneinander gereihten Schriften gar nicht Anwendung leidet.

Nicht weniger steht ein großer Theil der römischen Bestimmungen in Zusammenhang mit der römischen litis contestatio, was z. B. bei dem Verhältnisse des Anwaltes zum Klienten und dem angeblichen dominio litis, bei der nominatio auctoris und ihren Wirkungen [2]), bei dem Verbote der Neuerung, bei der contumacia umbestritten der Fall ist, und in der Anwendung dieser römischen

---

1) Bayer, über die Aenderung des Klaglibells, S. 54.

2) Archiv für civilist. Praxis, III. Bd. S. 412.

Vorschriften immer Schwierigkeit macht, da bei uns zwar der Name der litis contestatio stehen geblieben, ihr Wesen aber verändert ist. Eben so findet man überall in den römischen Prozeßvorschriften Beziehungen auf das ältere Verhältniß des judex und praetor, wie dies bei dem bekannten Satze: confessus in jure, pro judicato habetur, bei mehreren auf Recusation sich beziehenden Stellen, selbst bei der Lehre vom forum, besonders aber bei dem ganzen Streite über die Verhandlungsmaxime und bei einzelnen auf Nichtigkeiten sich beziehenden Aussprüchen sich zeigt.

Daher kann auch die Anwendung der römischen Prozeßvorschriften nur mit großer Vorsicht geschehen, obwohl man deswegen die im römischen Rechte liegende ehrwürdige, auf wahre Privatfreiheit beruhende und die Privatrechte ehrende Grundlage unseres gemeinen Prozesses nicht verkennen darf, vielmehr überall darin eine fruchtbare Quelle höchst verständiger, den bürgerlichen Verhältnissen anpassender Bestimmungen dankbar anerkennen muß. Vorzüglich muß berücksichtigt werden, daß die Fülle der seit Jahrhunderten von den Juristen ausgegangenen wissenschaftlichen Erörterungen über den Prozeß auf die Aussprüche des römischen Prozesses und auf Vorschriften sich bezogen, welche die Juristen in der römischen Rechtssammlung fanden.

Höchst wichtig ist aber für die Art, wie sich der deutsche Prozeß ausbildete, die Kenntniß des Verfahrens, welches im Mittelalter durch das canonische Recht und durch die Praxis der geistlichen Gerichte sich entwickelte 3). Durch das canonische Recht wurden

---

3) Auf die Wichtigkeit des Studiums des canonischen Prozesses und des Gerichtsgebrauchs der geistlichen Gerichte

neue Rechtseinrichtungen im Prozesse ausgebildet; die Beiziehung von Anwälten, die Schriftlichkeit des Verfahrens, die Beschränkung der Oeffentlichkeit, die Begünstigung der Appellationen gegen Zwischenbescheide, die ersten Spuren der Begünstigung der Eventualmaxime, die Lehre von den prozeßhindernden Einreden gehören hieher. Diese neuen Institutionen und Wendungen des Verfahrens nöthigten auch die im römischen Rechte vorkommenden Vorschriften in einem anderen Sinne anzuwenden, und so ist es der canonische Prozeß, durch welchen wir die Weise kennen lernen, welche Bedeutung man den römischen Ausdrücken [4]) beilegt und wie man die römischen Vorschriften mit den Grundlagen des Verfahrens in Verbindung brachte, welche wir in unserem deutschen Prozesse antreffen. In dem Gerichtsgebrauche der geistlichen Gerichte, in den Erörterungen der Juristen, die diesen Gebrauch begründeten [5]) und entwickelten, finden wir die ersten wissenschaftlichen Arbeiten über den Civilprozeß, welche den späteren wissenschaftlichen

hat vorzüglich Bethmann-Hollweg in dem Grundrisse zu Vorlesungen über den gemeinen Civilprozeß mit einer Vorrede über die wissenschaftliche Behandlung. Berlin 1821 S. X — XV aufmerksam gemacht. Sehr wichtige Notizen zur Prozeßliteratur des Mittelalters liefert v. Savigny in seiner Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter III. Band. S. 27 u. S. 586. V. S. 323. Felsecker delin. eorum, quae per decretales in processu Romanorum civili mutata sunt. Heidelb. 1828. Mein Aufsatz im Archiv für civil. Praxis XII Bd. S. 377.

4) Z. B. litis contestatio, exceptio. Es ist interessant zu bemerken, wie vorzüglich in die Statuten der ital. Städte schon früh die römischen Ausdrücke übergingen, allein schon modifizirt und in einem anderen Sinne vorkommen, z. B. in den wichtigen erst neu in den Monumentis historiae patriae. Taurini 1838 vol. II. p. 36 abgedruckten alten Statuten von Nizza.

5) Hieher gehören die Werke von Durantis, Odofredus, Joan. Andreae etc. S. darüber Linde, Lehrbuch 5. Auflage §. 30.

Forschungen zum Grunde liegen und lernen zugleich die Praxis kennen, die durch die Verbindung römischer und canonischer Stellen sich entwickelte und in den späteren Reichsprozeß überging. Daran reihen sich als Quellen die Reichsgesetze zweifach uns wichtig, in so ferne 1) sie die römischen und canonischen Bestimmungen in sich aufnahmen, sich dieselben aneigneten und fortbildeten, und 2) selbst neue Institute schufen. Zu beklagen ist hier nur bei der gewöhnlichen Behandlung des deutschen Prozesses die Vernachlässigung von drei Gesichtspunkten.

1) Man übersieht nicht selten, daß ein großer Theil von deutschrechtlichen Bestimmungen [6]) blos aus dem älteren deutschen Prozesse stammen, z. B. bei dem Mandats-, dem Executivprozesse, der Lehre von dem Spolium, dem Eide ꝛc., die Benutzung dieser Quelle würde unfehlbar fruchtbare Aufschlüsse geben [7]).

2) Besonders wichtig ist es für das Studium des deutschen Prozesses, zu erforschen, wie zuerst,

---

6) S. über die Geschichte des alten deutschen Prozesses und der Rechtsverfassung:
v. Savigny, Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter, 1 Thl. S. 155.
Hauschild, Gerichtsverfassung der Deutschen. Leipz. 1741.
Mäler, Geschichte und Verfassung der Rechtspflege. Leipzig 1790.
Kopp, Nachrichten von den geistlichen und weltlichen Gerichten in Hessen-Cassel. 1769. 2 Thl.
Meyer, esprit, origine et progrès des institutions, vol. I — IV.
Rogge, über das Gerichtswesen der Germanen. Halle 1820.
v. Feuerbach, Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege. Gießen 1821.
Maurer, Geschichte des altgerman. Gerichtsverfahrens. Heidelberg 1824, und die durch die Preisfrage hervorgerufenen Werke von Steiner, Freiberg ꝛc. S. Literatur in Linde Lehrbuch §. 61 in d. Not.

7) S. darüber meinen Aufsatz im Archiv für civilist. Praxis XII. Bd. S. 145.

als römischer und canonischer Prozeß in Deutschland rezipirt wurden, die fremden Bestimmungen betrachtet und angenommen waren, weil die damalige Ansicht immer die Grundlage der späteren reichsgerichtlichen und gemeinrechtlichen Praxis geblieben ist [8]).

3) Sehr zu wünschen wäre es, daß man bei Behandlung des deutschen Prozesses nicht den reichsgesetzlichen mit dem in den Partikularrechten ausgebildeten verwechselt, und die Betrachtung des letzteren vernachlässigt hätte. Eben so gut als man ein deutsches Privatrecht in einer wissenschaftlichen Allgemeinheit annehmen kann, eben so trefflich würde die Anwendung dieser Methode bei dem Prozesse wirken. Noch immer haben sich in Deutschland, besonders bei den Untergerichten, Ueberbleibsel des alten deutschen Prozesses, in dem Institute der sogenannten Verhörs- und Gerichtstage erhalten, und der mündliche Prozeß ist lange nicht so selten, als man meint; eine Reihe trefflicher Bestimmungen finden sich in den deutschen Partikularrechten, aus welchen ohnehin, z. B. aus dem sächsischen Prozesse, mehrere auch in die Reichsgesetze übergegangen sind. Unbemerkt kann es nicht bleiben, daß ein großer Theil von angeblich gemeinrechtlicher Bestimmung seine Entstehung nur dem Gerichtsgebrauche oder der Gesetzgebung eines deutschen Landes verdankt. Ueberhaupt gehört zu einem gründlichen Studium des

---

8) Besonders wichtig ist hier das Studium von
U. Tengler, Laienspiegel. Der neue Laienspiegel von rechtmäßigen Ordnungen. Straßburg 1518.
P. Termineus, processus juris scripti et consuetudinis frequentioris per Germaniam. Colon. 1570. und das Werk von Auerbach, processus juris, cum actis Eberhausen. Lips. 1512. Eine Darstellung des damaligen Prozesses findet sich in
Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte. III. Thl. S. 431 — 449.

deutschen Prozesses die Erforschung des Gewohnheitsrechts, welches wegen entschiedener Unmöglichkeit für die Gesetzgebung alle Lücken auszufüllen und den Geschäftsgang im kleinsten Detail zu ordnen, von jeher eine Quelle der Prozeßgesetzgebung war, neben der Gesetzgebung fortlief und sie ergänzte [9]). Viele Schriftsteller, welche wir als Autoritäten im gemeinen Prozesse anführen, bearbeiteten eigentlich ihren Landesprozeß, während sie den gemeinen mit zu bearbeiten gedachten, die Praxis ihrer Landesgerichtshöfe wirkte auf ihre Ansichten, und diese bestimmten wieder den gemeinen Prozeß. Zum großen Nachtheile der Ausbildung des deutschen Prozesses vergaß man noch häufig bei der unbedingten Anwendung der reichsgesetzlichen Bestimmungen, daß diese zunächst für die Reichsgerichte paßten, daß dort, weil die Partheien nicht selbst gegenwärtig waren, alles eine andere auf diese Entfernung berechnete Gestalt an sich tragen mußte, als in den einzelnen Territorien, daß selbst ein großer Theil von reichsgesetzlichen Vorschriften sich nur auf die bei den Reichsgerichten üblichen Formen und Termine, oder auf Verhältnisse der ehemaligen Stände zu den Reichsgerichten beziehen [10]).

In der schlimmsten Lage aber befinden wir uns im gemeinen Prozesse durch die Gerichtsverfassung, welche bei jeder Prozeßform als Grundelement erscheint. Für die Anwendung des gemeinen Prozesses

---

9) Einen Versuch dies in Ansehung des heutigen Verfahrens bei dem Zeugenbeweise nachzuweisen, hat der Verf. im Archive für civilistische Praxis gemacht. V. Bd. 1 Heft No. III. u. 2 Heft No. VI.

10) Ein wichtiges Beispiel liefert das forum continentiae causarum. S. Archiv für civilist. Praxis II Bd. S. 141. S. auch wegen des Gegenbeweistermins, Archiv für civilist. Praxis VI. Bd. S. 367.

haben wir keine Gerichtsverfassung, auf welche sich der aus den drei Quellen bestehende gemeine Prozeß bezöge, und es bedarf nur einer Vergleichung der an Spruchcollegien gelangenden Akten verschiedener deutscher Staaten, um sich zu überzeugen, wie wenig ein gleichförmiger gemeiner Prozeß vorkommt.

Aufmerksam aber müssen wir noch auf die Veränderungen machen, welche im deutschen Prozesse durch das allmählig eintretende geheime Verfahren und durch die verschiedenen Gerichtsverhältnisse vorgegangen sind [11]). Aus der am Ende des Mittelalters begründeten Ansicht, daß die Jurisdiction etwas Fruchtbringendes sey, aus den daraus entspringenden häufigen Jurisdictionsconflikten ging die noch jetzt in manchen Lehren wirkende Vorstellung hervor, daß jedes Gericht gleichsam ein jus quaesitum auf Entscheidung des Prozesses habe, daß daher auch der Prozeß den einmal competenten Gerichten nicht entzogen werden dürfe. Diese Ansicht wirkte in der ganzen Lehre von den Gerichtsständen, wo man nicht den Vortheil und die freie Befugniß der Partheien, sondern nur die durch Umgehung eines Gerichts demselben entgehenden Gerichtsnutzungen berücksichtigte; so kam man zu der Ansicht, daß bei der prorogatio fori auch eine Einwilligung des Gerichts nothwendig oder daß den Unterthanen eines Patrimonialgerichtsherrn die prorogatio auf ein anderes Gericht nicht erlaubt sey; so bildete sich die Lehre von der Prävention aus, wo man wieder nicht auf Parthei, sondern auf Gerichtshandlungen sah; so entstand das System der Requisitionen; so bildete sich die unselige und ungerechte verwirrende Masse

---

11) Treffliche Bemerkungen darüber in Meyer esprit origine tom. I. p. 482. 493. tom. III. p. 235.

privilegirter Gerichtsstände; so die Ansicht, daß Schiedsrichter nicht begünstigt werden dürften, weil dadurch der Staat um seine Abgaben (im sonderbaren Widerspruch mit dem gerühmten Streben der Prozeßverminderung) gebracht würde; und selbst die Vermehrung der Appellationen im gemeinen Prozesse ist eine Wirkung dieser Ansicht [12]).

Durch den Untergang der alten Schöffenverfassung wurde manche Veränderung herbeigeführt. Der Richter, welcher zuvor nur das Verfahren zu instruiren, die Berathung der Schöffen zu leiten, das Urtheil derselben auszusprechen und zu vollziehen hatte, wurde nun, seit dem Verschwinden der Schöffen aus den Gerichten, der einzige Herr des Prozesses; er instruirte den Prozeß und entschied ihn auch allein, und manche Form, die auf Collegialverfassung berechnet war, wurde nun unpassend; bei den Gerichten, welche als privilegirte Gerichte erster Instanz errichtet waren (Hof-, Kammergerichte, Justizkanzleien) und zugleich die Gerichte zweiter Instanz bildeten, blieb dagegen die auf Collegialverfassung berechnete Geschäftsform. Die Idee einer Gewalt wurzelte bei diesen Gerichten; die Obergerichte zeigten gern ihr Ansehen und das Mißtrauen gegen die Advokaten, und eine gewisse vornehme Ansicht, welche die Anwälte als Rechtsverdreher oder als die Begünstiger vieler Prozesse darstellte [13]), erzeugte nicht selten eine Härte gegen Anwälte und Partheien, die darunter leiden mußten. Kam dazu die im vorigen Jahrhunderte begründete Ansicht von fabrikmäßiger Austheilung der Staatsgeschäfte, unter welche man auch jeden Prozeß rechnete, so mußte immer mehr der

---

12) S. auch Exposé des motifs du code de procédure p. 44.
13) Gans, vom Amte der Fürsprecher. S. 66.

Prozeß seinen wahren Charakter verlieren, und das Bild schien oft Wahrheit zu haben, wenn Goldschmidt [14]) sagt: daß Staatsdiener die ganze verrostete Justizmaschine, oft selbst Justizmaschinen, im Finstern langsam und verdrossen bewegen.

Ungeachtet dieser ungünstigen Elemente bleibt der gemeine deutsche Prozeß, wie er durch Rechtsübung und Doktrin sich ausgebildet hat, in seinen Grundlagen höchst achtungswürdig, wie selbst preußische Juristen [15]) ihm das Zeugniß geben, daß er höchst verständig, auf Logik gebaut, consequent und leicht faßlich ist. Die liberalste, durchaus auf Privatfreiheit und Achtung des Rechts gebaute Gesetzgebung, die römische, in welcher ein Schatz der trefflichsten für jedes Verhältniß noch anwendbaren Vorschriften liegt, ist seine Grundlage, und für die wissenschaftliche Cultur des gemeinen Prozesses ist seit Jahrhunderten mit redlichem Fleiße so viel Treffliches geleistet worden, daß kein anderer Prozeß sich dieses ehrwürdigen Alterthums und dieser treuen Pflege rühmen kann.

Nicht aber der gemeine deutsche Prozeß, wie ihn die Praxis oft übt, und manches Compendium ihn lehrt, ist es, dem dies Zeugniß ertheilt werden kann. Prüft man die Quellen selbst, und betrachtet sie vorurtheilsfrei, so hat sich oft durch Mißverstand, oft durch unzeitige Humanität erzeugt, eine Reihe von Irrthümern fortgeerbt, neue Institute werden eingeschaltet, von welchen dem gemeinen Rechte nichts bekannt ist. Theile, welche zum Ganzen gehörten, z. B. die Interrogationes hat die Praxis beliebig weggelassen, und dadurch dem Ganzen seine Haltung geraubt [16]).

---

14) Goldschmidt, Abhandlungen, S. 122.
15) S. in Mathis, jurist. Monatschrift, II. Bd. S. 373.
16) Sehr richtige Bemerkungen über die wissenschaftliche

Allerdings befand sich der Praktiker nicht selten bei dem gemeinen Prozesse in Verlegenheit; es kam darauf an, die drei Gesetzgebungen als Bestandtheile zu verbinden, und daß es hier die Willkür, oder subjektive Ansichten, bei welchen menschliche Leidenschaften mitwirkten, nicht ohne Einfluß blieben, ist begreiflich. Da allmählig durch neue Organisationen in Deutschland der Begriff eines reinen Richteramtes sich völlig verlor, da man den einmal angestellten Richter der ersten Instanz zugleich mit einer Reihe von Polizeigeschäften, Gegenständen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, mit Tabellen und Conscriptionsarbeiten u. a. quälte, wurde in der ganzen Reihe der Geschäfte auch der Prozeß fabrikmäßig und mechanisch fortgetrieben; und durch mehrere Umstände (§. 10) wurden auch die Advokaten immer tiefer herabgewürdigt; während die viel beschäftigten Richter zufrieden seyn mußten, auf irgend eine Art das Geschäft zu beendigen, und jede Gelegenheit ergriffen, durch irgend ein Dekret für den Moment den Prozeß vom Halse zu bringen, benutzten die Anwälte den Zustand, und führten ein Gebäude auf, wo nicht die Güte der Baumaterialien angegriffen, wohl aber die Erbauer getadelt werden mögen. Erwägt man auch, daß seit 1654 der gemeine Prozeß jeder legislativen Nachhülfe entbehrte, daß gerade seit einem Jahrhunderte die organischen Umgebungen überall sich veränderten, daß neue staatswirthschaftliche Einrichtungen, neue Anstalten, z. B. Hypothekenbücher, neue Forderungen machten, für deren Erfüllung das Prozeßgesetz nicht sorgte, so war es begreiflich, daß bei dem drängenden Bedürfnisse sich

---

Behandlung des Prozesses in Bethmann-Hollweg's angeführter Schrift. Vorrede S. XXIV.

die Praxis, so gut als es gehen mochte, half, und, z. B. bei der Execution, Ediktalcitation, Urkundenbeweis 2c., Behauptungen aufstellte, die dem Gesetze fremd waren.

Auch einen Theil der **Rechtsgelehrten** müssen wir anklagen; jene, welche ein unseliges Philosophiren in unseren Prozeß gebracht, sich beliebig ohne Rücksicht auf Quellen über manche Lehren, z. B. Litiscontestation, Ungehorsam, u. a. Grundbegriffe aufstellten, die dem Gesetze unbekannt waren, und nun, auf diesen Begriffen fortbauend, alle einzelnen Lehren erschütterten, die mit den gesetzlichen Begriffen zusammenhingen, während es Mode wurde, mit Maximen zu spielen, in jede etwas hineinzutragen, und daraus weiter zu folgern, einen einzelnen Ausspruch des Gesetzes zur allgemeinen Regel zu erheben, und getrost darauf fortzuphilosophiren. Man betrachte die schönen philosophischen Deduktionen über Nullitäten, über Ungehorsam, Provokationen, Adeitation u. a. und freue sich der Fortschritte unserer Wissenschaft, wenn man z. B. in einem neuern Buche liest: «die Ewigkeit und Allgegenwart des Meinheitgesetzes kündigt sich durch den Gerichtsstand an» oder: «beweisen heißt, den idealen Dolus durch formalrechtliche Wahrheit vernichten.» Soll man sich nicht mit dem geistreichen Ausspruche Meyer's 17) trösten dürfen: que partout l'excès du mal a amené le remède?

---

17) Meyer, esprit origine I. p. 507.

§. V.

Preußischer Prozeß.

Der preußische Prozeß verdankt seine Entstehung nicht einer flüchtigen Idee, die etwa wegen ihrer Neuheit den Gesetzgeber gereizt, und zu einem übereilten unvorbereiteten Versuche bewogen hätte. Schon seit dem Churfürsten Friedrich I. i. J. 1436, vorzüglich seit dem Churfürsten Johann, mit dem Beinamen Cicero, und der vom Churfürsten Joachim I. 1516 dem neu errichteten Hof- und Kammergerichte gegebenen Reform, und der 1540 bewirkten verbesserten Ordnung, verdienen die legislativen Fortschritte Preußens im Fache der Justiz- und Prozeßverfassung eine vorzügliche Beachtung [1]; und die vom Churfürsten Friedrich 1602 publizirten Hof- und Landgerichts- und die Quartalsordnungen, so wie die Ordnungen des Churfürsten Johann Georg i. J. 1621 [2]) enthalten eben so wie die seit 1641 vom Vicekanzler Kohl entworfene, 1658 vom Churfürsten Wilhelm vollzogene, vom Kammergerichtsdirektor von Wedel revidirte und am 16. Mai 1708 publizirte Kammergerichtsordnung [3]) fruchtbare für die historische Forschung des Prozesses wichtige Beiträge. Noch bedeutender werden die legislativen Arbeiten vom Jahre 1713 an durch die damals erschienene Ordnung der Verbesserung des Justizwesens [4]), den

---

1) Hymmen, Beitr. zur jurist. Literatur in den preuß. Staaten. 1. Bd. S. 176. II. Bd. S. 246.
Mylius, Corpus Const. March. VI. Thl. 3. Abthl. Vorbericht.

2) Mylius, Corp. Const. March. II. Thl. 1 Abthl. No. 16—18.

3) Corpus Const. I. II. 1 Abthl. No. 27. 31. No. 119.

4) V. 21. Juni 1713. in Corp. Const. II. Thl. 1 Abthl. No. 131.

1725 ergangenen Auftrag des Gesetzgebers zur Reform, und die Instruktion vom 9. April 1740. Nachdem ein Edikt vom 31. März 1746 befohlen hatte, daß in Pommern alle Prozesse in einem Jahre zu Ende gebracht werden sollten, nachdem 1747 das Projekt des Codicis Pomeranici und 1748 das Projekt des Codicis Marchic. publizirt und in der Vorrede versichert war, daß in Pommern 2400 alte Prozesse abgethan worden seyen, begannen seit 1751 die Revisionsarbeiten zu dem Codex unter Cocceji und Jariges bis am 28. Februar 1761 ein Anhang und 1769 ein ausführlicher Anhang zum Codex Fridericianus bekannt gemacht wurde [5]). Durch die Theilnahme des Ministers von Carmer kam ein neuer Geist in die Verhandlungen. Von dem Minister Carmer an kann die Zeit gerechnet werden, wo zuerst die Grundlage zur Untersuchungsmaxime gelegt wurde, indem nach dem von Carmer 1776 vorgelegten Entwurfe der Richter von Amtswegen die erheblichen Thatsachen untersuchen, und die Bestimmung der erheblichen zum Beweis zu stellenden Thatsachen nicht mehr durch Erkenntniß, sondern durch bloße Verfügungen des Richters erfolgen sollte. Nachdem aber der König seinen Willen ausgesprochen hatte, daß die Inquisitions- und Bestrafungsmethode nicht generalisirt noch zum Grunde des Civilprozesses genommen werden sollte, erfolgte eine neue Verordnung vom 15. Januar 1776 [6]), nach welcher jede Parthei die Beweise ihrer Klage und Einrede sogleich mit den

---

5) S. die Geschichte der Verhandlungen in Mathis juristischer Monatschrift XI. Bd. S. 262.

6) Neu abgedruckt in Grävell, Prüfung der Gutachten der Immediatjustiz-Commission 1 Thl. S. 305 u. in Mallinkrodt, der preußische Prozeß S. 205.

ersten Schriften beibringen, übrigens alle Prozesse, wenn sie nicht außerordentlich wichtig wären, durch Verhöre vor dem Collegio behandelt werden sollten. Die in der Zwischenzeit vorgegangenen Veränderungen gaben dem Minister von Carmer Gelegenheit, den in dem früheren Entwurfe ausgesprochenen Ideen Eingang zu verschaffen; am 28. December 1779 erging eine vorläufige Instruktion über das prozessualische Verfahren, und eine Kabinetsordre vom 14. April 1780 7) bestimmte die Grundzüge der neuen Justiz- und Prozeßverfassung; der König sprach darin aus, daß die bisherige Prozeßordnung das Gewebe des geistlichen Rechts sey, über welches ganz Deutschland schon seit Jahrhunderten klage; «es ist, erklärt die Kabinetsordre, wider die Natur der Sache, daß die Partheien mit ihren Klagen und Beschwerden von dem Richter nicht selbst gehört werden, sondern ihre Nothdurft durch gedungene Advokaten vorstellen lassen; diesen Advokaten, heißt es ferner, ist sehr daran gelegen, daß die Prozesse vervielfältigt, und in die Länge gezogen werden, denn davon dependirt ihr Verdienst und ihr ganzes Wohl.» Die Folge dieser Ansicht war die königliche Vorschrift: daß der Richter künftig die Partheien mit ihrer Klage und Verantwortung selber hören, ihre Erzählungen und mitzubringenden Beweisthümer gegeneinander halten, und so den wahren Zusammenhang der Sache, welche zu dem Rechtsstreit Anlaß gegeben, eruiren, hienach aber denselben den Rechten und der Billigkeit gemäße Vergleichsvorschläge machen solle. Zugleich wurde den Advokaten eine neue veränderte Stellung zu dem Gerichte gegeben, und an die Stelle der Advokaten traten

---

7) Abgedruckt in Grävell, Prüfung S. 309.

Assistenzräthe. Um die Justizcollegien auf die neue Prozeßordnung vorzubereiten, wurde ihnen ein von Suarez gefertigter Unterricht vom 15. August 1780 vorläufig mitgetheilt [8]). Von den Assistenzräthen war darin erklärt, daß, in so ferne als von der Untersuchung des facti die Rede ist, ihr Amt ein wirkliches richterliches Amt sey; sie seyen, heißt es, nicht Söldner und Sachwalter der Partheien, sondern Beiständе und Gehülfen des Richters, deren Pflicht es sey, das Gericht in seinen Bemühungen zur Ausmittlung der Wahrheit zu unterstützen. Der nach solchen Grundzügen umgearbeitete Entwurf wurde unter dem Titel: Corpus juris Fridericianum am 26. April 1781 publizirt, und nach Benutzung der eingekommenen Bemerkungen 1793 als Gesetz bekannt gemacht [9]).

1) Unverkennbar sucht der preußische Prozeß eine allen Gesetzgebungen vorschwebende Idee auf einem neuen Wege durchzuführen. Indem der Gesetzgeber die Nachtheile erkannte, welche aus der Ungleichheit

---

8) Abgedruckt in Mallinkrodt's Schrift: der preuß. Prozeß S 213.

9) S. über preuß. Prozeß Merkel, Comment. zur allgem. Gerichts-, Deposital- und Hypothekenordnung. Neue Aufl. Breslau 1817. Martens, Geist des preuß. Civilproz. Halberstadt 1802.
Mayer, kurze Darstellung der n. preuß. Gerichtso. Hoff 1797.
Klein, Annalen XIII. Bd. S. 315. XVIII. S. 297. XIX. S. 170. XXIII S. 79. XXV. S. 68.
Goßler, jurist. Miszellen I. Heft No. I.
Preußens gerichtliches Verfahren in Civil- u. Criminalsachen, Köln 1825. — Grävell, prakt. Commentar zur allgemeinen Gerichtsord. für d. preuß. Staaten. Erfurt 1825 — 1831. I. — VI. Bd. — Zum Bach, vollst. Gegeneinanderstellung der Hauptmomente der preuß. u. französ. bürgerl. Prozeßordnung Magdeburg 1822. — v. Oppen, Vergleichung der französ. u. preuß. Gesetze. Köln 1827. 1828. 3 Hefte. — Gaertner, Kritik des Untersuchungsprinzips des preuß. Civilprozesses. Berlin 1832.

der Kräfte der streitenden Theile im Prozesse entstehen, indem diese Ungleichheit ihm das größte Hinderniß der Erreichung des Zweckes: dem wirklich Berechtigten sein Recht zuzusprechen, schien, indem der bisher von den Gesetzgebungen versuchte Weg, durch die Wahl rechtsgelehrter Vertreter für die Partheien der natürlichen Ungleichheit vorzubeugen, ihm als unzureichend erschien, führte eine natürliche Ansicht darauf, das Verfahren so einzurichten, daß die Partheien nicht mehr gezwungen wären, zu ihrer Rechtsführung solcher Mittelspersonen sich zu bedienen, deren Wille dem Gesetzgeber eben so problematisch schien, als die Erfahrung ihn belehrte, daß, ungeachtet aller Aufsicht auf die Advokaten, doch immer Ungleichheit in der Streitsführung entstehe, da man nicht hoffen durfte, daß Talent, Kenntniß und Eifer auf beiden Seiten bei den Advokaten der Partheien im gleichen Grade vorhanden wären. Es sollten daher die Formen vereinfacht, es sollte den Partheien die Möglichkeit gegeben werden, auch ohne Rechtsbeistand bei Gericht ihre Sache zu verfolgen. Zur Ausgleichung der dadurch entstehenden Ungleichheit der Kräfte in der Darstellung der Sache sollte aber der Richter auf einer Seite von dem bisher in den Prozeßordnungen vorgeschriebenen Beschränkung losgebunden werden, nach welcher er nur an das Vorbringen der Partheien sich halten mußte, weil die Erfahrung lehrte, daß viele Richter durch das Mißverstehen dieser Vorschrift sich zur Indolenz bewegen ließen, und, so wie die Akten einmal lagen, es mochte eine Parthei noch so unvollständig und undeutlich vorgetragen haben, ein Urtheil fällten; auf der anderen Seite sollte den Partheien für den Verlust ihrer Anwälte eine Entschädigung gegeben und ihnen eine Person angewiesen werden, deren

Führung sie mit Sicherheit sich vertrauen konnten; diese Person schien dem Gesetzgeber der Richter zu seyn, der, aufgefordert Wahrheit auszumitteln, kein anderes Interesse, als die Auffindung derselben, haben kann, und unpartheiisch dann jeder Parthei zu Hülfe kommt, so lange sie den Zweck hat, die Wahrheit aufzusuchen.

2) Der preußische Prozeß beruht auf einer achtungswürdigen Idee, das höchste materielle Recht vor dem blos formellen siegen zu lassen. Als Hauptstreben des preußischen Gesetzgebers muß immer die Beschränkung der Advokaten betrachtet werden, weil man sie als die Ursachen der Prozeßverzögerung anklagte. Persönliche Erscheinung der Partheien mußte nun als Regel im Gesetze angenommen werden. Die Voraussetzung führte weiter und zwar

a) zur Ausdehnung der richterlichen Gewalt. Da man die Partheien der nothwendigen angeblich schädlichen Vormundschaft der Advokaten entziehen wollte, da man aber doch nicht läugnen konnte, daß auch sehr ungeschickte, schüchterne Partheien klagen würden, so mußte dem Richter das Recht gegeben werden, durch seine Vernehmung, Warnungen, Belehrungen, eine befriedigende Erklärung jeder Parthei zu erhalten, um eine Grundlage für die Entscheidung zu gewinnen, daher das Gesetz den Grundsatz ausspricht [10]: daß sich der Richter bemühen müsse, die Wahrheit der jedem Prozesse zum Grunde liegenden erheblichen Thatsachen auf dem sichersten und zugleich nächsten Wege zu erforschen und auszumitteln.

b) Danach sollte der Richter auch alle Mittel, die aus dem Vortrage der Partheien und aus dem

---

10) Gerichtsordnung: Einleitung §. 10.

Zusammenhange der Verhandlungen sich ergeben, zur Erforschung der Wahrheit selbst ohne ausdrückliches Verlangen der Partheien anwenden [11]), was besonders bei Aufsuchung der Beweismittel wichtig wurde. [12]).

c) Eine consequente Folge des Verfahrens war es, daß die bisher in den Partheienvorträgen verbundenen faktischen und rechtlichen Ausführungen von einander getrennt werden mußten; da man zu den Rechtsausführungen Advokaten gebraucht hätte, da aber alles auf blos persönliches Erscheinen berechnet seyn mußte, so war es consequent, daß die mündliche Verhandlung vor dem Richter nur auf das Faktum beschränkt wurde, ohne daß deswegen den Partheien verwehrt wurde, ihre Rechtsgründe dem Gerichte vorzulegen; nur sollte dies nicht während der durch solche Rechtsverträge, wie man besorgte, leicht zu verwirrenden einfachen Verhandlung zur Aufnahme des Faktums, sondern erst nach dem Schlusse der faktischen Verhandlungen geschehen [13]).

d) Selbst der Begriff und die Folgen des Ungehorsams mußten sich anders als im gemeinen Prozesse jetzt gestalten; hier, wo der Richter unmittelbar und speziell befragte, wo man von der Voraussetzung einer Pflicht der Partheien reine Wahrheit zu sagen ausging, mußte auch jeder Ungehorsam als unmittelbare Verletzung des richterlichen Ansehens als spezielle Pflichtverletzung betrachtet und daher strenge bestraft werden.

e) Die Eventualmaxime des gemeinen Prozesses, die Vorschrift, alles auf einmal vorzutragen, das Verbot der Nova war mit dem Streben nach

---

11) Einleitung §. 17.
12) Gerichtsordnung Tit. 10. §. 5. 6. §. 91.
13) Einleitung §. 53.

materieller Wahrheit nicht völlig verträglich, und so erklärte sich die Begünstigung des Vortrags neuer Gründe nach den Verhandlungen consequent.

3) Dagegen gestaltete sich wieder manches anders aus dem Gesichtspunkte der weit ausgedehnten richterlichen Gewalt; wo auf einer Seite dem Richter soviel eingeräumt war, da mußte er auf der andern durch neue Anstalten wieder controlirt werden. a) Da in den Verhandlungen der Richter jeder selbstständig wirken konnte, so bedurfte es am Schlusse einer controlirenden Anstalt, als welche auch die Regulirung des Status causae et controversiae erschien (§. 17). b) Die Rollen der verschiedenen bei dem Prozesse nothwendigen richterlichen Funktionen mußten unter verschiedene Personen vertheilt werden, damit eine die andere controlire, woraus die Trennung des Instruenten und Decernenten in der nämlichen Sache entstand. c) Selbst die Advokaten (Justizkommissarien) erhielten eine controlirende Stellung gegen den Richter [14].

4) Die berechnete persönliche Erscheinung der Partheien, die mündliche Vernehmung, und das Streben nach Abkürzung bewirkten nun noch neue Veränderungen in Ansehung des Beweises. a) Die Partheien sollten nun (was schon bei den Berathungen des jüngsten Reichsabschieds 1654 vorgeschlagen war) ihre Beweismittel sogleich bei den Verhandlungen anzeigen und produziren; der freiwillig antizipirte Beweis des gemeinen Rechts verwandelte sich hier in einen nothwendigen; dadurch gingen die Beweisverhandlungen ununterbrochen mit den Verhandlungen über Aufnahme des Streitpunkts von

14) Vorbericht von Suarez §. XVI. in Mallinkrodt S. 223.

der Klage einen Gang fort; wodurch b) auch das System der Beweisinterlocute erschüttert wurde. Da ohnehin die Beweise schon vom Anfange an vorgebracht waren, so konnten besonders wegen des regulirten status causae die Interlocute entbehrt werden, und einfache Beweisdekrete ersetzten ihre Stelle.

5) Während die Prozeßform so wichtige Veränderungen erlitt, blieb die Grundlage, die Gerichtsverfassung, fast unverändert [15]. Die vielen Exemtionen, die privilegirten Instanzen, die Ueberladung der Untergerichte mit andern nicht richterlichen Geschäften, die Verbindung der freiwilligen Gerichtsbarkeit mit der streitigen, das Verhältniß der Unter- und Obergerichte, die alte geheime herkömmliche Referirmethode in den Collegien, blieben die nämlichen, obwohl dankbar anerkannt werden muß, daß der preußische Prozeß durch mehrere treffliche Anstalten, z. B. die Hypothekenordnung u. a. an organischen Umgebungen sehr gewann.

6) Mit Unrecht endlich würde man glauben, daß der preußische Prozeß gar keine Bestimmungen mit dem gemeinen theile. Ueberall zeigt sich vielmehr das Einwirken der damals in Bezug auf den gemeinen Prozeß ausgebildeten Ansichten der Doktrin und der Praxis bei einzelnen Lehren, wie z. B. in der Lehre von dem Urkundenbeweise, Beweise durch Sachverständige, bei dem Eide, bei der Restitution, Nomination des Auctors, Intervention, Widerklagen u. a. nicht verkannt werden kann.

15) Auf die Gebrechen der Gerichtsverfassung und die Gründe, aus welchen der preuß. Prozeß wegen dieser Verfassung nicht so zweckmäßig wirkt, als es seyn könnte, ist aufmerksam gemacht in Klein, Annalen der Gesetzgebung. XIX. Bd. S. 176. S. auch gute Bemerkungen von Sommer in Ulrich's und Sommer's neuem Archiv für preuß. Recht und Verfahren. Arnsberg 1834. I. Bd. S. 5 rc.

7) Weise hat der Gesetzgeber besorgt, daß die erweiterte Stellung des Richters leicht zum Nachtheile der Privatfreiheit mißbraucht werden könnte, und die deswegen von ihm angegebenen Vorschriften dürfen nicht übersehen werden [16]).

a) Auch der preußische Prozeß kennt keinen Zwang zur Klage oder zur Vertheidigung.

b) Der Richter hat keine Befugniß von Amtswegen, einen Prozeß fortzusetzen, wenn eine Parthei, z. B. der Kläger, ausbleibt [17]).

c) Wenn eine Parthei nicht die ihr richterlich aufgetragene Leistung erfüllt, so muß doch erst die Beschwerde des dabei interessirten Gegners abgewartet werden [18]).

d) Obgleich der Richter die Partheien bei bedenklichen Mitteln ermahnt und warnt, z. B. bei der Eideszuschiebung in gewissen Fällen, so kann er doch seinen Rath, wenn die Partheien nicht folgen wollen, ihnen nicht aufdringen [19]).

e) Selbst da, wo bei der Formirung der Klage aus dem vorgetragenen Fakto der Kläger mehr herleiten will, als nach der Meinung des Instruenten daraus gesetzlich gefolgert werden kann, muß der Instruent, wenn sich der Kläger nicht bedeuten lassen will, den Antrag dennoch auf Verlangen des Klägers auffassen [20]).

f) Die dem Richter auferlegte Pflicht, den wahren Zusammenhang streitiger und erheblicher Thatsachen auch von Amtswegen aufzuklären, findet

---

16) Puchta, über die Gränzen des Richteramtes in bürgerlichen Rechtssachen. S. 138.

17) Gerichtsordn. Tit. IV. §. 20. IX. §. 42.

18) Gerichtso. Tit. XXI. §. 10.

19) Gerichtso. Tit. X. §. 254.

20) Gerichtso. Tit. V. §. 19.

darin ihre Einschränkung, daß demselben nicht gestattet werden kann, Thatsachen, worauf weder die Angaben der Partheien, noch der Zusammenhang der Sache, noch der Inhalt der Urkunden, oder Zeugenaussagen führen, sondern die blos in seiner Privatwissenschaft beruhen, als Gegenstände der Instruktion aufzustelleu [21]).

8) Vorzüglich spricht sich das Streben des Gesetzgebers nach der Auffindung der Wahrheit und eine große Sorgfalt für die Partheien in den Bestimmungen über das Beweisverfahren aus; durch Verbannung der gemeinrechtlichen Artikel und vieler schleppenden Formen, durch das den Vertretern der Partheien eingeräumte Recht der Mitwirkung bei der Beweisaufnahme, durch die erweiterten Befugnisse des Instruenten dabei zeichnet sich das preußische Zeugenbeweisverfahren vortheilhaft vor dem gemeinrechtlichen aus [22]).

9) Mit Unrecht glaubte man, daß der preußische Prozeß die Partheien völlig des Rechts beraubt hätte, rechtsgelehrter Vertreter sich zu bedienen; das Gesetz erklärt die Justizkommissarien, welche an die Stelle der Advokaten treten, nicht als überflüssig, und berechnet vielmehr mehrere Vorschriften auf die Einwirkung der Rechtsbeistände, von welchen nur nicht, wie dies im deutschen Prozesse der Fall ist, allein das Vorbringen der Partheien abhangen soll, welche vielmehr in einer zweckmäßigen Controle des Richters gemeinschaftlich mit ihm zur Erforschung der Wahrheit beitragen sollen. Während die Advokaten im deutschen Prozesse völlig im Namen der Partheien, die ihnen ihre Streitsache übergeben

21) Gerichtso. Tit. X. §. 5. 6.

22) Meine Darstellung des preuß. Beweisverfahrens im Archiv für die civilist. Praxis. V. Bd. 1. H. S. 80 — 83.

haben, handeln, während sie unentbehrlich sind, indem im deutschen Prozesse nur die eingereichten Rechtsschriften die Grundlage des Prozesses bilden, und die Partheien selbst wegen der Einrichtung der Prozeßschriften, die ebenso alle Rechtsgründe enthalten, nicht wohl ohne Advokaten streiten können, hat das preußische Gesetz den Advokaten eine dem ganzen Verfahren entsprechende Stellung gegeben [23]), nach welcher die Partheien von den Rechtsbeiständen alle Vortheile haben sollen, die sie auch im deutschen Prozesse haben, ohne jenen Nachtheilen ausgesetzt zu seyn, welche die unbedingte Advokatenherrschaft nach sich ziehen kann; daher verpflichtet das Gesetz, wenn auch die Justizkommissarien die Partheien vertreten, die letzteren dazu, sich ebenso von dem Richter vernehmen zu lassen, wie die Partheien vernommen würden [24]). Dagegen sind die Rechtsbeistände schuldig, alle richterlichen Schritte zu beobachten, ihn zu erinnern und zu warnen, wenn der Richter die Schranken der ihm anvertrauten Gewalt überschreiten, oder etwas, das zum Zweck der Erforschung der Wahrheit gehört, vernachlässigen, oder sonst auf irgend eine Art die Rechte der Partheien gefährden wollte [25]). Bei der Instruktion des Prozesses muß der von der Parthei gewählte Assistent aufmerksam seyn, daß die Parthei gehörig examinirt, nicht übereilt, noch in Furcht gesetzt, und nichts was zur Aufklärung der Sache von ihrer Seite und zu ihrer Vertheidigung gehört, übergangen oder vernachlässigt werde [26]).

---

23) S. überh. über die Justizkommissarien preuß. Gerichtsordn. III. Thl. Tit. VII.

24) Gerichtsordnung, Einleitung §. 47.

25) Einleitung §. 50.

26) Gerichtsordn. Tit. III. §. 15.

Auf gleiche Art muß der Rechtsbeistand der Parthei, wenn er wahrzunehmen glaubt, daß der Gerichtsdeputirte die Sache von der unrechten Seite ansehe, daß er zu leicht oder flüchtig verfahre, oder daß die Fassung des Protokolls dem wahren Sinne der Parthei nicht gemäß sey, dies rügen und nach Umständen dem Gerichte anzeigen [27]).

Erwägt man dazu noch, daß der Rechtsbeistand vor dem Beantwortungstermine ein schriftliches Promemoria dem Instruenten zustellen darf, in welchem die geordneten Einwendungen auf die Klage enthalten sind [28]), daß auch bei Regulirung des status causae u. controversiae die Assistenten beigezogen werden, und gemeinschaftlich mit dem Instruenten thätig sind [29]), daß sie vorzüglich bei der Zeugenvernehmung gegenwärtig seyn und viel zweckmäßiger als im gemeinen Prozesse die Rechte der Partheien vertreten dürfen [30]), daß die Partheien auch am Schlusse Rechtsausführungen zu den Akten geben dürfen [31]), so muß man wohl gestehen, daß der preußische Gesetzgeber die Partheien vor allen Nachtheilen bewahren wollte, ohne ihnen die Mittel entzogen zu haben, wodurch sie selbst für die Verfolgung ihres Interesse durch selbstgewählte Beistände thätig seyn können.

Wenn wir bisher den Geist des preußischen Prozesses nach der Gerichtsordnung darzustellen versuchten, so ist es nun Pflicht auch die Fortbildung der preußischen Prozeßgesetzgebung zu betrachten. Es konnte nicht fehlen, daß die in neuerer Zeit von

---

27) Gerichtso. a. a. O. §. 17.
28) Gerichtso. Tit. IX. §. 15.
29) Gerichtso. Tit. X. §. 35. 39.
30) Gerichtso. Tit. X. §. 198.
31) Gerichtso. Tit. XII. §. 11.

manchen Schriftstellern gemachten Versuche, die Bedenklichkeiten der preußischen Untersuchungsmaxime nachzuweisen, nicht ohne Einfluß auf die preußischen Praktiker blieben. Man fing an, den Werth des preußischen Prozesses mit dem des gemeinrechtlichen zu vergleichen; zugleich trug das Verhältniß der rheinischen Provinz, in welcher das französische Verfahren fortdauerte, und die Einrichtung des Cassations- und Revisionshofes in Berlin, wo nun in lebendiger Anschauung die preußischen Juristen den französischen Prozeß kennen lernten, dazu bei, die preußischen Praktiker mit neuen Prozeßformen und Forderungen an das Verfahren bekannt zu machen. Eine der bedeutendsten Schriften erschien 1831 [32]), in welcher nachgewiesen wurde, daß die angebliche Schnelligkeit der Prozesse nach der preußischen Prozeßordnung in der Erfahrung nicht begründet sei. Der Verfasser zeigt z. B., daß ein Prozeß, der nicht einmal durch besondere Zwischenpunkte verwickelt wurde, 2 Jahre und 2 Monate dauerte, und daß, wenn die Partheien alle von dem Gesetze ihnen eingeräumten Mittel hätten benutzen wollen, die Dauer des Prozesses 1204 Tage hätte betragen können. Die praktischen Nachweisungen und die legislativen Winke des Verfassers sind sehr zu beachten. Noch bedeutender ist eine andere Schrift eines preußischen Juristen [33]), welcher die Prinzipien des preußischen Prozesses selbst prüfte und zeigte, daß das angebliche Streben des preußischen Prozesses nach Realisirung des Materiellen nicht durchgeführt

---

32) Unter dem Titel: Ueber einige Haupthindernisse, welche der Verfolgung des Rechts vor den Gerichtshöfen nach der preuß. Prozeßordnung entgegenstehen. Berlin 1831.

33) Gaertner, Kritik des Untersuchungsprinzips des preuß. Civilprozesses. Berlin 1832.

sei, daß damit die strengen Contumacialstrafen am meisten im Widerspruch ständen, und daß überhaupt eine völlig consequente Durchführung des Untersuchungsprinzips nie erwartet werden dürfe. Die Schrift wurde auch in Preußen mit gebührendem Lobe aufgenommen, und insbesondere wurde in einer Rezension darüber [34]) dargethan, daß der Zweck, welchen sich der preußische Gesetzgeber vorgesetzt, weit sicherer durch Oeffentlichkeit und Mündlichkeit sich erreichen lasse. Auch von anderen preußischen Praktikern wurden nun Stimmen laut, welche aussprachen, daß man auf das Dasein der Erfordernisse, unter deren Voraussetzung allein die Aufgabe des preußischen Prozesses erreicht werden könne, in der Praxis nicht rechnen dürfe [35]), und daß eben jenes Streben des preußischen Prozesses die Chikane und Prozeßverzögerung zu entfernen, sie herbei führt [36]). Eine neue Periode der preußischen Prozeßgesetzgebung begann nun durch das Gesetz vom 1. Juni 1833 [37]) über den Mandats-, summarischen und Bagatell-Prozeß [38]). Zwar scheint dies Gesetz nur auf die ebengenannten summarischen Prozeßarten sich zu beziehen; allein das Gesetz greift weit tiefer ein, denn durch die Vorschrift des §. 7 sollen die Partheien

---

34) In Gans Beiträgen zur Revision der preuß. Gesetzgebung. I. Bd. Heft 5. S. 450.

35) Bühl, über die Instruktion des Civilprozesses auf mündliches Vorbringen der Partheien. Hamm 1831.

36) Sommer in Ulrich's neuem Archiv für preuß. Recht. I. Bd. S. 10.

37) Hiezu gehört noch die Ministerialinstruktion v. 24. Juli 1833.

38) Ueber das Gesetz sind viele erläuternde Werke erschienen; z. B. Wentzel (Oberlandesgerichtsrath), der preuß. Mandats-, summar. und Bagatell-Prozeß praktisch erläutert. Breslau 1833. (sehr zu empfehlen). Ulrich, Entwickelung der Grundsätze des Mandats-, summar. und Bagatell-Prozesses. Arnsberg 1833.

berechtigt sein, auch in andern Fällen (also statt des ordentlichen Prozesses) das Verfahren nach dem neuen Gesetze zu verlangen; schon hat auch die Erfahrung gelehrt, daß die Partheien, belehrt von den Vortheilen des neuen Gesetzes, in einer sehr großen Zahl von Fällen den Antrag auf die Prozedur nach dem Gesetz von 1833 stellen, so daß der zunächst für summarische Fälle vorgeschriebene Prozeß bald an die Stelle des ordentlichen tritt. Das neue Gesetz deutet aber darauf, daß der Gesetzgeber sich von den Vortheilen besserer Grundlagen, als sie die Gerichtsordnung darbietet, überzeugt habe. So finden wir in diesem Gesetze schon eine Art von Oeffentlichkeit, und zwar in so ferne die Partheien in der Audienz nach der Aufnahme der Klage, Beantwortung und die Beweise ihrer Ansprüche und Behauptungen dem Gerichte vortragen dürfen[39]) und als selbst in der Gerichtssitzung alle bei dem Gerichte angestellte Beamte, Auskultatoren, Referendarien, Justizcommissarien erscheinen, und die Partheien auch unter der Rubrik: Beistände einige Personen mitbringen dürfen[40]). Die Mündlichkeit ist eingeführt, da die Partheien selbst oder durch ihre Anwälte, wie in Frankreich, in der Audienz ihre Ansprüche und Vertheidigungen entwickeln (Gesetz §. 26.). Aber das Gesetz will eine schriftliche Grundlage durch Klage und eine gehörige Beantwortung der Klage[41]). Von der Eventualmaxime ist passend Gebrauch gemacht[42]). Die Abtheilungen des Verfahrens sind passender und dem Zwecke des Prozesses mehr gemäß

39) Gesetz von 1833. §. 22 — 26. 34.
40) Gesetz §. 22.
41) Gesetz §. 8. 14.
42) Gesetz §. 14.

angeordnet. Wohl darf man diese Grundsätze des neuen Gesetzes als diejenigen betrachten, welche auch künftig die Grundlage des ordentlichen Prozesses bilden werden; — auch andere sehr bedeutende Gesetze über einzelne Theile des Prozesses und zwar über das Rechtsmittel der Revision, über die Nichtigkeitsbeschwerde [43] und über die Exekution in Civilsachen [44].

---

§. VI.

Französischer Prozeß.

Es ist in neuerer Zeit bei der Beurtheilung des französischen Prozesses nicht selten eine zweifache, unrichtige Ansicht zu bemerken, von welchen die nur aus dem bloßen Studium des Code de procédure den französischen Prozeß kennen gelernt zu haben glaubt, die andere das französische Prozeßgesetzbuch als ein in der Revolution flüchtig gearbeitetes übereiltes Produkt betrachtet, welchem das Zeugniß der Erfahrung und die für jeden Prozeß fruchtbare Quelle eines langen Gerichtsgebrauchs und einer ehrwürdigen Jurisprudenz fehle. Von dem Irrthum der ersten Ansicht wird sich derjenige leicht überzeugen, welcher die Entstehungsgeschichte des Code kennt. Es kann ihm dann nicht unbekannt seyn, daß schon bei der Abfassung des Code der Kassationshof auf die Nothwendigkeit aufmerksam

---

43) Gesetz vom 14. Dec. 1833.
44) Gesetz vom 4. März 1834.

machte, daß dies neue Gesetzbuch nicht blos eine Prozeßordnung, sondern eine Gerichtsordnung sey, daß darin also auch die allgemeinen Begriffe von Klagen, Einreden, Competenz, Prorogation, Widerklage u. a. ebenso wie die verschiedenen Bestimmungen über Gerichte, ihren Wirkungskreis, ihre Organisation, und über die Gerichtsstände angegeben seyn sollten. Der Kassationshof legte zu diesem Behufe den Entwurf der hierzu nothwendigen Vorschriften vor [1]).

Leider erhielt der Entwurf keine Sanction, und der Code de procédure wurde eine nackte Prozeßordnung, zu deren Verstehen aber die Kenntniß der allgemeinen Bestimmungen, wie sie der Kassationshof vorschlug, unentbehrlich ist. Auf gleiche Art fanden die Redaktoren des Code civil es anpassender, Vorschriften, welche sonst alle Prozeßgesetzbücher aufgenommen haben, nämlich die Lehre vom Beweise und den Beweismitteln, so wie die Lehre von der Rechtskraft aus dem Code de procédure zu verbannen, und in der Lehre von den Obligationen im Civilgesetzbuche diese Gegenstände zu behandeln [2]). Nicht weniger gehört auch zur Ergänzung des Prozeßgesetzbuchs das Handelsgesetzbuch, in welchem allein die Lehre vom Konkurse der Handelsleute vorgetragen ist. Vorzüglich aber ist die ganze Materie von der Gerichtsverfassung gar nicht aus dem Code de proc. zu erkennen, sondern muß aus den besonderen Dekreten geschöpft werden [3]), so

---

1) Der Entwurf ist abgedruckt in Sirey recueil général des lois et des arrêts. I. partie 1809 p. 1 — 20.

2) Code Civil Art. 1315 — 1369.

3) Hieher Gesetz v. 24. August 1790. Dekrete v. 20. April 1810. 6. Juli u. 18. August 1810. Eine gute Sammlung

wie die Verhältnisse der Advokaten [4]) und der höchst wichtigen Gerichtsvollzieher (huissiers) [5]) aus besonderen Gesetzen. Den inneren Zusammenhang der prozessualischen Handlungen, die Gränzen der Befugnisse der Anwälte, die Zahl der Schriften, die Vorschriften über den Geschäftsgang bei den Gerichten erkennt man erst aus genauer Vergleichung des Dekrets über die Taxen [6]), und aus dem Dekrete über die Polizei und die Disciplin der Gerichtshöfe [7]).

Einflußreicher ist noch der zweite oben gerügte Irrthum, welcher in dem im Code de procédure normirten Verfahren ein neugeschaffenes revolutionaires Produkt findet. Alle besseren französischen Schriftsteller warnen vor dieser Ansicht, z. B. Delaporte [8]), Carré [9]), Rauter [10]) und machen auf die Nothwendigkeit eines historischen Studiums des französischen Prozesses aufmerksam. Es bedarf kaum der Erinnerung, daß der französische Prozeß in

---

in Dupin lois concernant l'organisation judiciaire. Paris 2 vol. 1819.

4) Gesetz vom 14. Dec 1810.

5) Gesetz v. 14. Juni 1813.

6) Dekret v. 16. Febr. 1807.

7) Dekret v. 30. März 1808.

8) In seinem Dictionnaire de droit ou nouveau Ferrière Einleitung pag. X.

Il est aisé de se convaincre, que, loin de s'écarter de l'ancienne forme de procédure le Code retablit au contraire les règles d'ont on s'étoit écarté dans les derniers temps.

9) In seinen traité et questions de procédure civile, introduction pag. V. no. 21. sagt er: les redacteurs du nouveau Code en adoptant celles des règles anciennes, dont le tems avait demontré la sagesse, ont profité de tout ce que la jurisprudence des arrêts, les ouvrages des auteurs, et les lois intermédiaires leur offraient d'utile.

10) Rauter, Cours de procédure civile françoise. Paris 1834. pag. 11.

seinen fremden Elementen, dem römischen und canonischen Rechte, mit dem deutschen Prozesse zusammenstimmt, und die Grundbegriffe auf die nämliche Art kennt, daher zum Verstehen mancher Bestimmungen der Ordonnances der römische und canonische Prozeß unentbehrlich ist, und selbst der Kassationshof wie die besseren Schriftsteller führen römische Stellen als einflußreich an [11]. Zum gründlichen Studium des französischen Prozesses gehören insbesondere schon die ältesten Denkmäler des französischen Rechts, das Conseil von Pierre Desfontaines [12], Beaumanoir [13], das alte livre de justice et de plet [14] die établissements Ludwigs des Heiligen [15] und Bouteiller [16]. Wie wichtig die Kenntniß dieser alten Rechtsquellen selbst für die gegenwärtige Jurisprudenz ist, hat trefflich Henrion de Pansey nachgewiesen [17]; wie wenig neue Institute des französischen Rechts ohne Kenntniß der alten Gerichtsverfassung verstanden werden können, lehrt der Kassationshof, hervorgegangen

---

11) Von der Wichtigkeit des Studiums des canonischen Rechts s. Toullier, droit civil t. VII. p. 356.

12) Gesammelt A. 1253.
Conseil, que Pierre Desfontaines dona à son ami. in du Cange histoire de St. Louis. tome III.

13) Beaumanoir, (dessen Sammlung in das Jahr 1283 fällt) livres des coutumes et usages des Beauvoisis avec les notes de Thaumassière. Paris 1690.

14) S. darüber Klimrath in dem Mémoire sur les monumens inédits de l'histoire du droit françois au moyen age. Paris 1835.

15) Abgedr. in Laurière ordonnances t. I. p. 107. S. darüber die Werke von Mignet u. Beuguot und über die Titel dieser Werke meine Grundsätze des deutsch. Privatrechts. 5. Ausgabe S. 133.

16) Bouteiller, (im XIV. Jahrhundert) Somme rural ou le grand coutumier général. Bruges 1479. Paris 1603.

17) In d. Schrift: de la compétence des juges de paix Cap. 34.

aus dem Conseil privé oder Cons. du roi [18]), und das Institut der Staatsbehörde [19]). Will man gründlich den Gesetzen über das Verfahren folgen, so muß man, nachdem die établissements Ludwigs und die Anordnungen Philipps des Schönen nicht unberücksichtigt geblieben sind, vorzüglich von den ordonnances von Karl VII., welcher 1453 eine Sammlung aller Coutumes veranstalten wollte, und durch ordonnances von 1446 dem Gerichtsverfahren eine feste Grundlage gab, beginnen [20]).

Von da an sind die nachstehenden ordonnances vorzüglich die von 1539 von Franz I. (bekannt wegen der durch sie bewirkten Einführung des geheimen Verfahrens) die von Karl IX., die ordonnance de Roussilon und besonders das édit de Moulius A. 1566 (bedeutend wegen Beschränkung des Zeugenbeweises) wichtig, weil durch sie allmählig die Begriffe entwickelt, und die Bestimmungen vorbereitet wurden, welche der wichtigen ordonnance von 1667, der Grundquelle des heutigen Prozesses, zum Grunde liegen [21]). Durch die Schriftsteller, welche römisches canonisches Recht mit den französischen Einrichtungen und Gewohnheiten in Verbindung brachten, bildete sich allmählig eine Praxis des Civilverfahrens aus [22]). Von der entschiedensten

---

18) S. Bornier, conférence vol. II. p. 825.
Meyer, esprit origine et progrès des institutions judiciaires vol. III. p. 218.
Henrion de Pansey, de l'autorité judiciaire p. 414.

19) Meyer, esprit p. 260. Henrion de Pansey p. 179.

20) Bernardi, de l'orgine et des progrès de la législation françoise p. 434.

21) Rauter, Cours p. 16.

22) Zu diesen Schriftstellern gehören insbesondere Masuerii practica forensis. Paris 1577, u. Imbert pratique judiciaire. Paris 1602.

Wichtigkeit aber ist die eben genannte ordonnance von 1667, bei deren Abfassung nur bedauert werden kann, daß der von dem höchst achtungswürdigen Präsidenten Lamoignon gearbeitete Entwurf durch Colberts Eifersucht und Pussorts Eitelkeit nicht zu der Vollkommenheit gelangte, welcher er fähig gewesen wäre 23). Unentbehrlich sind hiezu die gesammelten Conférences und die Protokolle der Commission 24), und interessante, auch noch jetzt brauchbare Beiträge liefern die verschiedenen Commentarien zur ordonnance 25). Nicht unberücksichtigt dürfen aber noch zum Verstehen des französischen Prozesses die Jurisprudenz der Parlamente 26), ausgesprochen in ihren arrêts 27), und die Sammlungen

---

23) S. über die Geschichte Bernardi de l'orgine p. 511 — 515.

24) Conférence des nouvelles ordonnances de Louis XIV. pour la réformation de la justice par Bornier. Paris 1678.
Procès-verbal des conférences tenues pour l'examen des ordonnances de 1667. Louvain 1700.

25) Boutaric, explication des ordonnances de Louis XIV. Toulouse 1743.
Serpillon, Code Civil ou Commentaire par l'ordonnance. Paris 1776.
Jousse, Comment. sur l'ordonnance de 1667. Paris 1753. 2 vol.
Rodier, questions sur l'ordonnance de Louis XIV. Paris 1770.
Pothier, traité de la procédure civile. Paris 1770.
Sallé, esprit des ordonnances de Louis XIV. Paris 1755. 2 vol.

26) Einen kostbaren Schatz für Geschichte des Prozesses enthalten die mit dem Jahre 1254 beginnenden Parlamentsregister von Paris unter dem Namen: Olim bekannt. S. darüber Taillandier, sur les registres manuscrits du parlement. Paris 1835, und Klimrath, mémoire sur les Olim. Paris 1837.

27) Hiezu vorzüglich:
Dictionnaire de jurisprudence et des arrêts des parlements par Brillon. 1727. 6 vol. neue Ausgabe besorgt v. Prost de Royer 1781.

der Formularien bleiben [28]). Ergänzt durch eine achtungswürdige Jurisprudenz, erhielt sich die ordonnance von 1667 selbst in den ersten Stürmen der Revolution, indem die neuerschienenen Gesetze, vorzüglich vom 16. und 14. August 1790, nur die Gerichtsverfassung betrafen, einige allgemeine Bestimmungen, die in das Prozeßverfahren eingriffen, und Vorschriften für einige neugeschaffene Gerichte, z. B. für die Friedensgerichte, lieferte [29]). Der Antrag auf Einführung der Jury im Civilprozeß wurde nicht angenommen [30]). Erst ein sehr merkwürdiges Gesetz vom 3. brumaire des Jahres II. (24. Oktober 1793), ein Produkt der Revolution, suchte die alte ordonnance, weil sie von einem Könige gegeben war, zu verbannen, ohne zu erwägen, daß keine Vorarbeiten vorlagen, um etwas besseres Neues zu geben. Die Advokaten wurden abgeschafft, jede Parthei sollte sich selbst bei Gericht vertheidigen oder durch irgend einen Bevollmächtigten vertreten lassen können. Die Verhandlung sollte mündlich seyn, jedoch auch auf eine einfache Vorstellung, die in der Audienz von einem der Richter vorgelesen wurde,

---

Denisart, collection des décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence. Paris 1754. 6 vol. Die letzte Auflage (die sechste) 1783 in 9 Bänden.

28) Von den vielen älteren Sammlungen die beste:
Stile universel de toutes les cours et jurisdictions du royaume pour l'instruction des matières civiles par Gauret. 2 vol. Paris 1740.

29) Was von diesen Gesetzen noch jetzt praktisch brauchbar ist, ist gut gesammelt in Dupin lois de la procédure civile tant devant les tribunaux ordinaires, qu'en cassation. Paris 1821.

30) Laferrière, histoire du droit françois. Paris 1837. vol. II. p. 52.
Boncenne, théorie de la procédure civile. vol. I. p. 203.

gesprochen werden. Die Berathungen durften im Geheimen, die Abstimmungen mußten öffentlich geschehen. Die Justiz sollte kostenfrei verwaltet werden. Allein die Klagen über diese Art der Justiz, bei welcher jeder Richter sich seine eigene Prozeßordnung machte, wurden allgemein; ein Gesetz vom 7. ventose Jahr VIII. stellte die Advokaten wieder her, ein anderes vom 18. fructidor l'an VIII. befahl, provisorisch der ordonnance von 1667 zu folgen, und ein Gesetz vom 4. Pluviose des Jahres XI. gebot dies ausdrücklich in Ansehung der Zeugenvernehmung. Erst das Jahr 1807 brachte den noch jetzt geltenden Code de procédure zur Reife, bei dessen Abfassung den Redaktoren überall die Bestimmungen der ordonnance von 1667 vorschwebten, und die Ansichten der Commentatoren besonders von Jousse und Pothier leiteten [31]), während durch die neueingeführte Publizität, durch manche Veränderungen in der Gerichtsverfassung neue Originalvorschriften nothwendig wurden, und die Gesetzgeber sich bestrebten, die Formen zu vereinfachen und vielfache in den älteren Gerichtsgebrauch eingeschlichene Mißbräuche zu verbannen, und ältere Controversen zu entscheiden, und es ist nur zu oft zu beklagen, daß die Redaktoren sich nicht kräftiger von alten Vorurtheilen und Mißbräuchen des Gerichtsgebrauchs losmachen konnten [32]).

---

31) Zum Studium des Code sind zu empfehlen: Carré, les lois de la procédure civile. Paris 1824. 3 vol. Berriat St. Prix, Cours de procédure. Paris 1813. Rauter, Cours de procédure civile. Paris 1834. Boncenne, Théorie de la procédure civile. Paris T. 1 — 14. 1823 — 1837.

32) Die in vieler Hinsicht für das Studium des französischen Prozesses wichtige Schrift:

Exposé des motifs de la loi sur la procédure civile pour le Canton de Genève par Bellot (Genève 1821) sagt pag. 5.:

In seiner Ausübung einer Reihe von Beamten überlassen, die zur Verwaltung der Civiljustiz concurriren, den Präsidenten der Gerichte, den Greffiers, den Gerichtsvollziehern und den Anwälten, hat das französische Prozeßverfahren im Leben und der Erfahrung einen ganz anderen Charakter als mancher blos mit dem Code vertraute gelehrte deutsche Jurist sich gedacht hat, und es darf nicht unbeachtet bleiben, daß sich das Verfahren selbst in verschiedenen Gegenden seiner Gültigkeit im Leben auf eine verschiedene Weise ausgedrückt hat. In dieser Rücksicht darf selbst das in großen Städten, z. B. in Paris, übliche Verfahren nicht völlig gleich mit dem in den Provinzen herkömmlichen betrachtet werden, und offenbar findet sich in den letzteren ein einfacheres Verfahren 33). Auch hat es großen Einfluß, ob die Gerichtshöfe streng sind und die einmal erschienenen Advokaten auch zum Plädiren in der Sitzung anhalten, oder ob sie aus übertriebener Milde jedem Gesuch eines Advokaten, um Vertagung der Sitzung wegen der Cause Statt geben. — Manche Institute

---

„il faut aussi le reconnaître, le législateur françois ne sut point ici sortir de l'ornière profonde qu'avait creusée une pratique de plusieurs siècles, et s'élever à cette hauteur de vues, à laquelle étaient dûs plusieurs lois civiles et les changemens operés par l'assemblée constituante dans la législation criminelle. Il ne sut point dégager l'administration de la justice de ces formalités multipliées sans objet, ou purement fiscales, qui en encombraient l'accès et que, sous le prétexte, d'écarter la chicane, la chicane elle-même avait introduites."

33) Vorzüglich bedeutend wird dies in Ansehung des Vorverfahrens von Anwalt zu Anwalt. Eine Reihe von Schriften, die in großen Städten vorkommen, wo die avoués mehr Interesse haben sich mit der Schriftenverfassung zu beschäftigen, kommen in den Provinzen, besonders wo Anwalt und Advokat in Einer Person vereinigt sind, gar nicht vor.

des Gesetzbuchs haben auch im Leben und durch den Gebrauch eine ganz andere Richtung erhalten, so z. B. kömmt das Institut der arbitrage wegen seiner vielen Formen in einigen Gegenden sehr selten vor, während die Partheien sehr einfach durch das Mittel der Prorogation vor dem Friedensrichter helfen, und den nämlichen Zweck erreichen. Es sei nun erlaubt, die wichtigsten Grundzüge des französischen Prozesses näher aufzustellen.

I. Das Verfahren steht im innigsten Zusammenhange mit der Gerichtsverfassung, nach welcher nur collegialisch besetzte Gerichte Recht sprechen, jedoch so, daß nur für größere Bezirke solche Gerichte (Tribunale erster Instanz, Kreisgerichtshöfe) vorkommen. Zur Vermittelung und Vermeidung der Nachtheile solcher ausgedehnten Gerichtssprengel findet man überall in jedem Kantone Friedensgerichte, deren Wirkungskreis immer ausgedehnter wird, jemehr man die Schwierigkeiten erkennt, die Unterthanen zu nöthigen, sechs und acht Stunden weit zu ihrem ordentlichen Gerichte zu wandern. Diese Gerichtsorganisation ist in neuester Zeit in Frankreich selbst ein Gegenstand mannigfaltiger legislativer Versuche geworden [34]. Man glaubte ein Mittel für die Heilung des bemerkten Uebelstandes, daß soviel Rückstände sich anhäuften, darin zu finden, daß man die Competenz der Friedensgerichte [35] und der Gerichte erster Instanz erweiterte. Man bedachte freilich nicht,

---

34) Besonders durch die Gesetzentwürfe, welche 1835 u. 1836 den Kammern vorgelegt wurden. S. darüber Klimrath in der Zeitschrift für ausländische Gesetzgebung. IX. Bd. S. 165 ꝛc.

35) Auch in den deutschen Staaten, in welchen in einigen Provinzen die franzöſ. Verfassung fortbestand, z. B. in Rheinpreußen durch Gesetz v. 7. Juni 1821, in Rheinhessen durch Gesetz v. 1. Sept. 1835.

daß dadurch das ganze Institut der Friedensrichter, die nach der ursprünglichen Bedeutung weniger als Juristen und mehr als Männer richten sollten, die durch das allgemeine Vertrauen geschmückt nach einer gewissen Billigkeit in minderwichtigen Fällen entscheiden dürften, umgestaltet und die Friedensrichter zu gewöhnlichen Richtern gemacht würden, ohne daß sie jene Bürgschaften darbieten, auf welche die Gesetzgebung bei der Justizverwaltung der Collegialgerichte erster Instanz rechnet. Der von dem Ministerium 1836 vorgelegte Entwurf über die Gerichtsorganisation wurde in mehrfachen Gestalten vorgelegt, auch von der Commission der Kammer geprüft, kam aber nicht zur Berathung [36]. Im Jahre 1837 u. 1838 legte nun die Regierung neue Entwürfe über Friedensgerichte, Gerichte erster Instanz vor, und diese scheinen mit Modifikationen von der Kammer angenommen zu werden [37]. Um den collegial besetzten Gerichten, bei welchen nur in Sitzungen verhandelt wird, ihre Reinheit zu sichern, und die richterliche Gewalt in ihrer nothwendigen Unabhängigkeit aufzustellen, müssen den Gerichten alle Geschäfte abgenommen seyn, welche nach der deutschen Einrichtung dem Richter aufgelegt sind, und durch die augenblickliche Dringlichkeit, mit der sie oft sich ereignen, dem Gerichte gar nicht die Beobachtnng regelmäßiger Sitzungen möglich machen. Das französische Gericht übt daher keine freiwillige Gerichtsbarkeit, keine Verwaltung und Polizei aus. In den ganzen Geschäftsgang eingreifend sind daher die Huissiers, Notairs, die Greffiers, die Präsidenten der Gerichtshöfe und

36) S. darüber Klimrath a. a. O. S. 169.

37) Auch sie bezwecken die Erweiterung der Competenz der Friedensgerichte.

die Beamten des öffentlichen Ministeriums. Insbesondere kann ohne die Kenntniß der höchst wichtigen Thätigkeit eines Greffiers bei dem Tribunal der französische Prozeß nicht richtig erkannt werden, weil theils so viele mechanische Bureaugeschäfte, die zur Ordnung des Geschäftsganges gehören und in Deutschland dem Richter obliegen, blos von dem Greffier betrieben werden, theils weil er so viele gerichtliche Acte, die im deutschen Prozesse vor einer Gerichtscommission vorgehen, aufnimmt, theils weil durch ihn selbst ein Theil der Prozeßinstruktion geht [38]. Nicht weniger ist der Präsident des Tribunals als die Seele des ganzen Geschäftsgangs bedeutend. Nicht blos daß ihm die Vertheilung der Arbeiten, die Anordnung der Sitzungen u. A. wie nach der deutschen Einrichtung obliegt, räumt ihm das Gesetz theils das Recht ein, gleichsam das imperium des Prätors auszuüben und einigen Urtheilen z. B. dem schiedsrichterlichen erst executorische Kraft zu geben [39]; theils hat er selbst eine Art von Gerichtsbarkeit in einigen summarischen Prozessen, in Gegenständen, die schnelle provisorische Verfügungen bedürfen, so wie über gewisse, während der Instruktion entstehende Streitigkeiten [40].

II. Tief eingreifend in den französischen Prozeß ist auch das Institut der Staatsbehörde [41], als jene neben der richterlichen Gewalt bestehende Behörde, welche ihre eigene Hierarchie hat, und den Gerichten

---

38) Code de procédure Art. 45. 47. 198. 208. 217. 432. 726. 915.

39) Code de procédure Art. 1020.

40) Dekret vom 30. März 1808. Art. 54. 63. Code de proc. 806. 807. Berriat St. Prix p. 55.

41) Schenk, traité sur le ministère public et ses fonctions. Paris 1813.

so beigeordnet ist, daß ihr die Pflicht zu sorgen obliegt, daß Jedem unpartheiisch Recht widerfahre, daß ein rechtskräftiges Urtheil vollstreckt, ein Verbrecher zur Strafe gezogen und überall, wo richterliche Gewalt thätig ist, das Gesetz beobachtet werde[42]). Die dahin gehörigen Beamten, von dem Generalprokurator des Kassationshofes an bis zu dem Substituten der Staatsprokuratoren bei jedem Tribunale herab üben die Aufsicht über alle zur Justiz gehörigen Personen, über Richter, Gerichtsschreiber, Notarien und Anwälte und Gerichtsvollzieher ob; sie besorgen die ganze bei den Gerichtshöfen vorkommende Korrespondenz mit in- und ausländischen Behörden, sie wachen in den öffentlichen Sitzungen, bei welchen sie gegenwärtig seyn müssen, darüber, daß das Gesetz beobachtet werde, sie geben motivirte Gutachten, und müssen selbst in gewissen vom Gesetze bezeichneten Fällen[43]) (wo theils das Staatsinteresse, theils das Interesse derjenigen im Spiele ist, welche nicht selbst ihren Geschäften vorstehen können) mit ihren Anträgen gehört werden[44]). Im Zusammenhange mit dem Kassationshofe und

---

Lacretelle, sur le ministère public in den ouvrages iudiciaires. Paris 1807. p. 144. Pfeiffer in der juristischen Bibliothek. (Kassel. 1811.) I. Bd. 1. Heft. No. I. Niederrheinisches Archiv für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft herausg. von Sandt u. Zum-Bach IV. Bd. No. 94. Ortelan et Ledeau, le ministère public en France traité et Code. Paris 1831. 2 vol.

42) Gesetze über die Organisation der Staatsbehörde sind Dekret v. 24. Aug. 1790. Tit. VIII. v. 20. April 1810 Art. 45. v. 6. Juli und 18. Aug. 1810 v. 30. März 1808. Art. 79.

43) Code de procédure Art. 83. 87. 112. 140. 371. 385. 498. rc.

44) Ueber die Wirksamkeit der Staatsbehörde in Civilsachen vorzüglich de Vaulx in der Zeitschrift für ausländische Gesetzgebung. VI. Bd. No. 19.

als eine wichtige Einrichtung, worauf manche Vorschriften und Formen des Prozesses berechnet sind, einflußreich, um dem Gerichte Geschäfte abzunehmen, welche nicht zum Richteramte gehören, kann das Institut nicht willkürlich aus dem ganzen Systeme der französischen Prozeßgesetzgebung heraus genommen werden, ohne daß man große Erschütterungen und Lücken befürchten müßte. Es ist jedoch nicht zu läugnen, daß in Rücksicht der allgemeinen Stellung der Staatsbehörde zur Regierung ohne Nachtheil eine Abänderung dahin geschehen kann, daß die Beamten des ministère public sich weniger als die Diener der administrativen Gewalt oder als unbedingte Werkzeuge der Machthaber betrachten, vielmehr selbstständiger gestellt, nur im Interesse des Gesetzes handeln müssen, so daß jeder Beamte der Staatsbehörde nur nach seiner Ueberzeugung sprechen und handeln kann [45]. Auch finden sich im Detail der Organisation des Instituts manche Gebrechen, z. B. im Prozesse durch die Beschränkung des Rechts der Parthei, noch bei Gericht sprechen zu dürfen, wenn einmal die Staatsbehörde ihre Anträge gestellt hat [46]. Nicht zu verkennen ist auch, daß im mündlichen Prozesse die Stellung von Anträgen durch die Staatsbehörde wichtiger ist, als im schriftlichen Verfahren [47].

---

45) Mein Aufsatz im Archiv für civilist. Praxis. X. Bd. S. 433.

46) Nach dem Dekrete vom 30. März 1808. Art. 87 sollen, wenn die Staatsbehörde einmal ihre Conclusionen gemacht hat, die Partheien nicht mehr das Wort erhalten, sondern nur auf der Stelle einfache Noten übergeben (wie im Falle des Art. 111. Cod. de proc.). Diese Vorschrift ist auch mit Recht in Geneve abgeändert. Bellot exposé des motifs p. 67.

47) Oesterlei, Praktische Bemerkungen über die Gerichtsverfassung. S. 75.

III. Nicht weniger befreien eigene Anstalten und zwar das Hypothekenbewahrungsamt, das Notariat, das Institut der Civilstandsregister, das Gericht von der Verwaltung der freiwilligen Gerichtsbarkeit, während alle diese Anstalten zugleich als organische Umgebungen der Prozeßgesetzgebung betrachtet werden müssen, und ihren wichtigen Einfluß bei dem Urkundenbeweise, bei der Beschränkung des Zeugenbeweises und besonders bei der Execution äußern.

IV. Der französische Prozeß betrachtet nicht wie der deutsche das ganze Verfahren von der Klage bis zur Execution als ein continuum, sondern nimmt an, daß der Prozeß, der immer nur in den Sitzungen verhandelt wird, erst dann an das Gericht komme, wenn bereits beide Partheien im Gerichte ihre Ansprüche und Erklärungen mündlich vortragen können. Diesem gerichtlichen Vortrage muß aber ein Verfahren vorausgehen, welches zur Vorbereitung dient, in welchem daher die Partheien sich wechselseitig von Anwalt zu Anwalt ihre Behauptungen, Gesuche, Vertheidigungen mittheilen, und alles z. B. durch Bestellung der Anwälte so vorbereiten, daß sogleich bei Gericht vollständig verhandelt werden kann. Dies vorbereitende Verfahren, das ohne Wissen und Einwirken des Gerichts vorgeht, wird, um Ausschweifung und Verzögerung zu verhindern, vom Gesetze selbst geleitet, indem gesetzlich die Fristen für jede Erklärung bestimmt werden [48]) und die Partheien zum richtigen Beweise der Insinuation sich offizieller Personen, der Gerichtsboten bedienen.

V. So wie der Prozeß im engeren Sinne erst nach vorausgegangener Vorbereitung beginnt, so endigt er nach französischen Gesetzen, sobald das

---

48) Code de procédure Art. 72. 77. etc. etc.

Gericht seine Pflicht erfüllt, und das Urtheil gesprochen hat. Die Vollstreckung des rechtskräftigen Urtheils ist nun kein Gegenstand richterlicher Thätigkeit selbst, und die siegende Parthei wendet sich nur an die Vollziehungsbeamten, an die Huissiers, welche nach den speziellen gesetzlichen Vorschriften das Urtheil vollstrecken. Das Gericht hat über das Urtheil nichts weiter zu entscheiden, als wenn über die Art der Vollstreckung ein neuer Streit sich erhebt, welcher als solcher wieder gerichtliche Entscheidung verlangt.

VI. Die Erhaltung dieser Reinheit des Gerichts hat selbst das freilich aus Mißbräuchen hervorgegangene Institut hervorgebracht, daß, sobald das Urtheil vom Gerichte ausgesprochen ist, die eigentliche Redaktion des Urtheils nicht rein vom Gerichte geschieht, sondern daß die Anwälte über die sogenannten Qualitäten, über die faktischen Punkte, über die Aufstellung der Streitfrage und den gleichsam historischen Theil des Urtheils sich vereinigen, und daß erst darauf die Expedition des Urtheils gegründet wird [49].

Neuere Reformen der französischen Prozeßgesetzgebung erkennen dies Institut der qualités als unnütz, gefährlich, unausführbar und beschwerlich, und heben dasselbe auf [50].

VII. Eine Prozeßinstruktion im deutschen Sinne ist dem französischen Prozesse unbekannt. Da immer nur nach Gerichtssitzungen verhandelt wird, so nimmt das Gericht von dem Prozesse auf keine andere Weise Notiz, als wenn die thätige Parthei den Prozeß an

---

49) Code de procéd. Art. 142. Darüber in einem eigenen §. S. im 2. Hefte S. 152. nach der zweiten Auflage S. 176.

50) So bezeichnen es die Motive des Prozeßgesetzbuchs von Geneve. S. 79.

das Gericht bringt, und Anträge stellt, worüber der Gegner in der Sitzung sich erklärt. Mittheilung von Schriften von einer Parthei zur andern, durch das Gericht selbst kennt der französische Prozeß nicht. Dagegen ist eine höchst bedeutende offizielle, zu Mittheilungen von Anwalt zu Anwalt bestimmte, und bei der Vollziehung wichtige Person der Huissier (Gerichtsvollzieher) [51]. Alle diese Mittheilungen und im deutschen Prozesse zur Instruktion gerechneten Handlungen werden im französischen a) vom Gerichte in seltenen Fällen durch Urtheile (Urtheil wird in einem viel weiteren Sinne als im deutschen Prozesse genommen) verfügt, z. B. bei Beweisauflagen, oder b) sie gehen von einem Gerichtsdeputirten aus, welchen zu gewissen Prozeßacten, z. B. zur Beweisaufnahme bei Zeugen, das Gericht bestimmt, oder c) die Mittheilungen geschehen ohne Intercession des Gerichts durch die Gerichtsschreiberei, z. B. bei dem schriftlichen Verfahren des französischen Prozesses, oder d) was die Regel ausmacht, die Anwälte theilen sich wechselseitig ihre Erklärungen außergerichtlich durch den Huissier mit.

VIII. Alle eigentlichen Prozeßverhandlungen, welche vor versammeltem Gerichte in den Sitzungen vorkommen, sind öffentlich, ohne daß deswegen der ganze Prozeß öffentlich wäre; alles vielmehr, was nicht in den Sitzungen vorgeht, ist auch nicht öffentlich, daher ohnehin nicht alle Prozeßhandlungen, die nur Vorbereitungen betreffen, ehe die Sache

---

51) S. Organisation v. 14. Juni 1813 u. interessante Verhandlungen über dies Institut im niederrhein. Archiv III. Bd. Seite 252 u. S. 358., IV. Bd. S. 126. S. über die Huissiers v. Oppen, Vergleichung der französ. u. preuß. Gesetze. 2. Heft. S. 202 und Rauter, Cours de procédure civile. p. 80.

an das Tribunal kömmt, eben so wenig als Handlungen, welche z. B. der Zeugenvernehmung vor dem Gerichtsdeputirten vorgehen. Leider hat sehr inconsequent die französische Gesetzgebung grade in Punkten, grade wo die Publizität am meisten wirken würde, sie vernachlässigt, z. B. bei Vernehmung der Zeugen [52]) und dem Verhöre der Partheien über Thatsachen und Artikel [53]). Auch ist hier der Prozeßcodex von Geneve consequenter dem System der Publizität treu geblieben [54]). Diese Oeffentlichkeit in der Art, daß von den urtheilenden Richtern alle Verhandlungen, auf deren Grund sie zu entscheiden haben, selbst vorgehen, gewährt den großen Vortheil, daß die Richter treuer und vollständiger die Ansprüche, Behauptungen, Vertheidigungen der Partheien und die Art ihrer Begründung kennen lernen, als dies durch Relationen möglich ist, bei denen mehr oder minder die individuelle Auffassung durch den Referenten entscheidet. Sie bewirkt, daß das Gericht durch geeignete Fragen an die vortragenden Partheien oder Anwälte die Dunkelheit in den Vorträgen aufklären lassen und Zweifel beseitigen, und dadurch eine zweckmäßige Instruktion des Prozesses ausüben kann. Vorzüglich wird dadurch der Vortheil erreicht, daß die Richter schneller als es da möglich ist, wo erst über die gesammelten Akten eine viele Zeit fordernde und daher die Entscheidung verzögernde Relation erstattet werden mußte, über den Fall sogleich entscheiden können, wo noch alle von ihnen vorgetragenen Verhandlungen ihnen

---

52) S. darüber Archiv für die civilist. Praxis. V. Bd. I. Heft S. 88., II. Heft S. 200.

53) Code de proc. 333.

54) Bellot exposé des motifs p. 109. u. 116.

in ihrem Zusammenhange vorschweben. In dem Umstande endlich, daß vor den versammelten Richtern die Verhandlungen vorgehen, liegt ein Grund, warum das Gericht oft schnell Zwischenpunkte, die im Laufe des Streits entstehen, entscheiden, und ein Hinderniß der Verhandlungen in der Hauptsache aus dem Wege räumen kann.

IX. Die Verhandlungen vor dem Gerichte sind mündlich, indem die Anwälte im mündlichen Vortrage ihre Behauptungen, Rechtsgründe und Gesuche dem Gerichte auseinandersetzen; es fehlt aber nicht völlig an schriftlicher Grundlage; als solche erscheinen die Schriften, welche in dem Verfahren von Anwalt zu Anwalt gesammelt worden sind, und dem Gerichte vor den mündlichen Vorträgen zukommen. Es kann selbst vom Gerichte ein schriftliches Verfahren angeordnet werden (§. 14), während andere Prozeßhandlungen, z. B. Vernehmung der Partheien über Interrogationes, Zeugenvernehmung u. a. durch gerichtliche Protokolle fixirt werden. Selbst Prozeßschriften, wie sie im deutschen Prozesse üblich sind, (in Frankreich requêtes genannt) kommen häufig vor [55]). Diese Mündlichkeit gewährt einen entschiedenen Vortheil, daß durch sie mehr im Zusammenhange die Materialien des Streits, worüber entschieden werden soll, zur Kenntniß der Richter gelangen, welche in den Stand gesetzt werden, geeignete Fragen zu stellen, und Klarheit in das Verfahren zu bringen, während zugleich der Nachtheil beseitigt werden kann, der sich so leicht bei dem rein schriftlichen Verfahren zeigt, daß die Schrif-

---

55) S. Code de proc. Art. 77. 96. 103 110. 161. 168. 173. 192. 199. 229. und in mehr als 50 Fällen. S. darüber Tarif. Nr. 72—79.

tenverfasser eine Masse von Einreden vorbringen, die es nicht sind, eine bestimmte kategorische Antwort auf die Thatsachen zu vermeiden suchen, ihre Erklärungen über Thatsachen auf Schrauben stellen, so daß der Richter zuletzt genöthigt wird, auf lückenhafte und verworrene Vorträge zu entscheiden.

X. Während die Mündlichkeit die eben angeführten Vortheile gewährt, beraubt sie leicht den Prozeß der Vortheile, welche eine sichere schriftliche Grundlage und die Eventualmaxime (§. 13.) geben können. Die schriftliche Grundlage des französischen Prozesses besteht nur in einem mageren schlecht abgefaßten Vorladungsakte [56]), worin die Klage dürftig genug angegeben wird, und in den (nicht einmal gesetzlich nothwendigen) Schriften, welche von Anwalt zu Anwalt gesendet werden, bis die Sache zu Gericht kömmt, so daß jede Parthei erst in der Audienz die eigentlichen Behauptungen und die Gründe des Gegners erfährt, daher leicht überrascht wird und die Richter nur an das mündliche Vorbringen der Anwälte gebunden und des Mittels beraubt sind, sich gründlicher vorzubereiten. Vorzüglich ist nach der Natur des mündlichen Verfahrens es begreiflich, daß die einzelnen Vertheidigungsmittel des Beklagten nur successiv vor Gericht vorgebracht werden können, so daß über jede Einrede einzeln verhandelt und entschieden werden muß, ehe die Partheien zu weiteren Verhandlungen überzugehen schuldig sind [57]).

XI. In dem französischen Prozesse nehmen die Advokaten eine weit würdigere Stellung ein als im

---

56) Exploit genannt. S. Rauter cours p. 115. u. p. 184.

57) Es wird sich jedoch unter §. XIII. XIV. ergeben, daß der französ. Gesetzgeber durch einige Vorschriften den Nachtheilen entgegenzuwirken suchte.

schriftlichen Verfahren [58]. Gehoben durch das Gefühl, welches den Redner da, wo er mündlich vorzutragen hat, ergreift, geleitet durch die Ueberzeugung, daß eine geschraubte chicaneuse Darstellung nicht hoffen darf, die Gunst der Richter und der Zuhörer zu erlangen, daß vielmehr nur eine klare, einfache, gedrängte Entwickelung Eingang bei den Richtern zu erhalten und bei dem Publikum Anklang zu finden erwarten kann, ist der französische Advokat veranlaßt, Eigenschaften auszubilden, welche seiner Beredsamkeit den Sieg sichern und zugleich am meisten beitragen, der Verhandlung einen würdigen Charakter zu geben; allein die Sache hat auch eine Schattenseite in so fern schon durch jene Trennung der Geschäfte des avoué und der des avocat der Prozeß kostspieliger wird [59]) und leicht verzögert werden kann, und vorzüglich die Advokaten in Frankreich die Herren des Prozesses in einer Art sind, bei welcher es den Partheien oft schwierig wird, ihre Rechtsstreitigkeiten zu betreiben; denn da die Parthei nicht selbst bei Gericht auftreten kann, so muß sie warten bis der avoué, dem sie ihre Sache übergab, die nöthigen Schritte bei Gericht thut und bis der avocat im Stande ist, die Sache vor Gericht zu plädiren, so daß oft Monate und Jahre lang in der Schreibstube des beschäftigten Anwaltes die Akten der Partheien bleiben, bis es ihm endlich gefällt, die Sache auf die Gerichtsrolle setzen zu lassen, da das Gericht keinen Schritt thun kann, ehe es von dem Anwalte gehörig aufgefordert worden ist.

---

58) Mein Aufsatz in dem Archiv für civilist. Praxis. XXI. Bd. S. 103.

59) Fölix in der Zeitschrift für ausländ. Gesetzgebung. II. Bd. No. 17. und mein Aufsatz im Archiv für civilist. Praxis. XX. Bd. S. 144 u. 146.

XII. Der französische Prozeß kennt nur zwei Instanzen [60]). Als eine dritte Instanz darf dagegen der Kassationshof nicht betrachtet werden, während derselbe als Wächter des Gesetzes, nicht in der Materie des Streits sprechend, nichtige Urtheile vernichtet, und durch die Jurisprudenz, welche er gegründet hat, einen höchst wichtigen Einfluß auf den Prozeß äußert, und daher abgesondert erörtert werden soll [61]). Der französische Prozeß, wie er im Code de procédure vorkömmt, ist in Frankreich selbst kein Gegenstand weiterer legislativer Verbesserungen geworden; dagegen müssen einige im Auslande ergangene Gesetzgebungen, welche auf die Grundlagen des französischen Verfahrens beruhen, näher gewürdigt werden, und zwar die Gesetzgebung von Genf, von Griechenland, von Baden, von Holland, von Portugal [62]). Sie zeigen, welcher Verbesserungen der französische Prozeß fähig ist.

---

§. VII.

Ausbildung des Prozesses durch die Gesetzgebung einzelner Länder.

Neben dem gemeinen Prozesse hat sich in den deutschen Staaten fast überall der Prozeß auf eine eigenthümliche Weise ausgebildet. Die Grundlage blieb

60) Gesetz v. 1. Mai 1790. Berriat St. Prix. p. 16.

61) Ueber die Bedeutung des Cassationshofs s. unten im dritten Beitrag §. V.

62) Darüber unten im §. VII.

zwar überall der gemeine Prozeß; nur in äußeren Formen, in der Anpassung derselben an die Gerichtsverfassung, aber auch in manchen tief eingreifenden Bestimmungen zeigte sich die Verschiedenheit. Durch manche wichtige Bestimmungen über Verminderung des Schriftenwechsels, über Verbindung des Beweises mit den ersten Verhandlungen, durch strenge Vorschriften für den Richter, durch eine gute Executions- und Concursordnung ist unter diesen die österreichische Gerichtsordnung von 1781 [1]) merkwürdig. Durch den Gerichtsgebrauch hat der österreichische Prozeß eine bedeutende Fortbildung erhalten [2]) und die Wissenschaft ist dafür thätig gewesen. Ein neuer Entwurf der Gerichtsordnung ist bearbeitet [3]).

---

1) S. in Zeiller, Vorbereitung zur neuesten österreich. Gesetzkunde. IV. Bd. No. I., eine Geschichte der österreich. Gerichtsordnung.

Sehr brauchbare Commentare hiezu, von Neuhold, prakt. Einleitung zum allg. Verfahren in Rechtssachen. Grätz 1787. 2 Bde. Rizy, Anmerkungen über Gerichtsordnung. 3. Thl. Wien 1787. v. Kees, Commentar über allgem. Gerichtsord. Wien 1789. Mayerhofer, Anmerkungen über Gerichtsord. Linz 1793. Zimmerl, Handbuch für Richter rc. rc. 2. Thl. Wien 1807. Wessely, Handbuch der allg. u. der Josephin. Gerichtso Insbruck 1834. 2 Thle.

2) In den Werken von Fischer über dilatorische Einreden, über Streitsverkündigung, von Kitka über den Beweis, von Haimerl über die Civilgerichtsstelle und in vielen Aufsätzen der genannten Schriftsteller und insbesondere auch von Wagner und Pratobevera in seinen Materialien und in der Zeitschr. für österreich. Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit, die seit 1825 bis jetzt erscheint, findet auch der Jurist jedes Landes treffliche Erörterungen. Eine interessante Abhandlung über den Rechtszustand der Bukowina findet sich von Holzgethan (mit Erörterungen über Oeffentlichkeit, Mündlichkeit) in der Zeitschr. für österreich. Rechtsgelehrsamkeit. 1837. III. Bd. S. 244. 288.

3) Manche Mittheilungen daraus finden sich in den Aufsätzen von Pratobevera.

Am wichtigsten von den Partikulargesetzgebungen ist die sächsische, theils wegen mehrerer origineller Bestimmungen, theils und vorzüglich wegen der wissenschaftlichen Pflege, welche die sächsische Prozeßgesetzgebung erhielt, und wegen des Einflusses, den die gesetzlichen Vorschriften selbst auf die Reichsgesetzgebung und die wissenschaftlichen und praktischen Aussprüche sächsischer Juristen auf den gemeinen Prozeß gewannen [4]. Uebrigens müssen bei dem sächsischen Prozesse selbst zwei Verzweigungen, mannigfaltig von einander geschieden, getrennt werden, indem der königl. sächs. Prozeß durch die erläuterte Prozeßordnung vom 10. Januar 1724 eine besondere Quelle erhielt, während in den meisten sächsischen Fürstenthümern diese Prozeßordnung nicht gilt, sondern die alte fortdauert. Nicht weniger verdient die baierische Gerichtsordnung von 1753 Auszeichnung, theils wegen der Klarheit und Präcision ihrer Vorschriften, theils wegen der Sicherheit, mit welcher sie die im gemeinen Prozesse vorhandenen Controversen entschieden hat, theils wegen der originellen Bearbeitung einzelner Lehren [5]. Noch verdient,

---

4) Zur Kenntniß des sächsischen Prozesses in dem Königreich Sachsen gehört vorzüglich Biener, systema processus judiciarii et communis et saxonici. Lips. 1806. nova edit. 1820; für den sächsischen Prozeß in den herzoglich sächsischen Staaten sind wichtig: G. E. Oelze, Anleitung zur gerichtl. Praxis überhaupt. Jena 1782. Schweitzer, Lehrbuch des sächs. bürgerlichen Prozesses. Jena 1813. Pfotenhauer, doctrina processus german. et saxonici, edid. Diedemann. Lips. 1826. Neue sächs. Gesetze von Freiesleben, Handbuch der von 1572 bis zur neuesten Zeit erschienenen sächs. Civilprozeßgesetze. Leipzig 1835.

A. Kori, Theorie des sächs. bürgerlichen Prozesses, hauptsächlich nach den Gesetzen der mit dem Oberapellations-Gerichte zu Jena u. Zerbst verbundenen Lande. Jena 1822.

5) Einen Schatz trefflicher praktischer Bemerkungen enthalten die Anmerkungen Kreitmaiers (des Verfassers des

achtungswürdig durch die Cultur, welche dieser Prozeß durch das treffliche Oberapellationsgericht des Landes und seine verehrten Mitglieder erhalten hat, der hannöverische Prozeß 6) eine ehrenvolle Erwähnung; außer diesen hatte noch jeder einzelne deutsche Staat 7) seine Prozeß- und Gerichtsordnung, von welchen die meisten jedoch nur Modifikationen oder Zusätze zu dem gemeinen Prozesse, weniger vollständige Gesetzgebungen enthielten 8). Sowohl der sächsische als

---

Gesetzbuchs) zu dem Codex. S. auch Novellen zur baier. Gerichtsordnung. München 1811. Fortsetzung v. Moritz. Landshut 1818. Fortsetzung der Novellen. Memmingen 1819., und neue Forsetzung 1832, s. a. v. Spies, Sammlung aller Ergänzungen und Erläuterungen zum Codex judic. Bamberg 1835. Größere Commentare sind von Krüll, Einl. in die baier. Gerichtsord. Ingolstadt 1797. Miltner, die baier. Gerichtso. Landshut 1816. V. Wendt, Handbuch des baier. Civilprozesses. Nürnberg, neue Aufl. 1835., in 3 Bdn. — Seuffert, Commentar über die baier. Gerichtsord. Erlangen 1836. I. Bd.

6) S. Oesterley, Handbuch des bürgerlichen und peinlichen hannöv. Prozesses. II Bde. Hannover 1819 und Hagemann, die Ordnung des königl. Oberapellationsgerichts zu Celle. Hannover 1819. In den unten anzuführenden Schriften über die neue Prozeßordnung findet sich viel über die hannöv. Rechte überhaupt.

7) Eine wissenschaftliche Bearbeitung hat jetzt auch der holsteinische Prozeß erhalten. Schrader, der Schleswig-Holsteinische Prozeß. Schleswig 1819. Falk, die Gerichtsverfassung der Herzogth. Schleswig u. Holstein. Altona 1835. Eine gute Zeitschrift (auch für Civilprozeß) von Schirach, mit Entscheidungen der Obergerichte, sind die Schleswig-Holstein. Anzeigen (seit Januar 1837).

8) Eine besondere wissenschaftliche Bearbeitung erhielt auch der Mecklenburgische Prozeß.

K. A. von Kamptz, Handbuch des Mecklenburg. Civilprozesses. Berlin 1811.

Sibeth, Kritik des gemeinen und Mecklenburg. Prozesses. Güstrow 1818.

Nettelbladt, Mecklenburgischer Civilprozeß. Berlin 1822.

Merkwürdig sind auch die Rechtssprüche des Oberappella-

der baierische und hannöverische Prozeß hat in neuester Zeit viele gesetzliche Verbesserungen erhalten, von welchen unten sogleich die Rede seyn wird.

Zu dem Bedürfnisse einer umgestalteten Prozeßgesetzgebung in den deutschen Staaten gaben in den letzten Jahrzehnten mehrere Gründe Veranlassung. Durch die seit der französischen Revolution herrschend gewordenen neuen Ideen, durch die politische Umwälzung im Ständerecht, durch neue Organisationen im Verwaltungsfache wurden Forderungen geltend gemacht, für welche der alte Prozeß keine Aushülfe darbot, und welche daher nöthigten, entweder durch einzelne Verordnungen nachzuhelfen, oder lieber die Gesetzgebung zu reformiren. Als nun 1806 durch Auflösung des deutschen Reichs der Zusammenhang mit der Reichsjustiz wegfiel, als viele reichsgesetzliche Bestimmungen ihre Anwendung verloren, als die neue Souverainität in jedem Lande ein selbstständiges Gesetzbuch zu fordern schien, wurde der Wunsch der Umarbeitung der älteren Gesetzbücher immer lauter. Durch den von den Rechtsgelehrten zur Nachahmung empfohlenen preußischen Prozeß, durch den später immer mehr in Deutschland selbst verbreiteten französischen Prozeßcodex wurden allmählig neue Ansichten und Einrichtungen bekannt, bei welchen es begreiflich wurde, daß man, weil das Alte nicht genügte, zu dem Neuen seine Zuflucht nahm. Wenige deutsche Staaten sind von der Organisations- und Gesetzgebungsthätigkeit frei geblieben. In einigen setzte man die früher schon begonnenen legislativen

---

tionsgerichts zu Parchim. Herausgegeben von Nettelbladt. I. Bd. Berlin 1821. II. Bd. 1824. III. Bd. 1830. Eine gute Schrift ist die von Trotsche, Materialien zu einem Handbuche des Mecklenburg. Civilprozesses. Güstrow 1837.

Arbeiten fort [9]), in anderen wurden Vorbereitungen zur Umgestaltung gemacht.

Als erst nach dem wiedererkämpften Frieden die neu erworbene Ruhe legislative Arbeiten begünstigte, als das frische Leben, welches aus dem Freiheitskampfe sich entfaltete, die Stimmen der Völker lauter machte, begann die gesetzgeberische Thätigkeit mit neuem Ernste. In einigen Staaten, welche Provinzen erwarben, die bisher zu dem französischen Reiche gehörten, und französische Gesetze befolgten, war eine Erklärung über die künftige Fortdauer der französischen Gesetzbücher unabweislich [10]); veranlaßt durch die Herrscher selbst, welche eine übereilte Umwälzung scheuten, wurden die Stimmen der Juristen in den neuen Provinzen laut, der bisher geltende Prozeß wurde gegen Vorwürfe gerechtfertigt, der Prozeß des Hauptstaates, von dessen Einführung die Rede war, wurde geprüft und Vorschläge zur Vereinigung wurden gemacht [11]). An den neuen legislativen Arbeiten nahmen bald Juristen der verschiedenen Provinzen Theil, und tauschten gegenseitig ihre Erfahrungen und Ideen um, während in der lebendigen Thätigkeit auch die Schriftsteller nicht unthätig blieben und Entwürfe zu Verbesserungen vorlegten. Besonders wurde eine große Frage wichtig. Der neu erwachte Sinn für Freiheit, die Belebung des öffentlichen Geistes leiteten die Aufmerksamkeit vorzüglich auf die Publizität, welche man als unzertrennliche

9) S. Geschichte im Archiv für civilist. Praxis I. Bd. S. 4. und in den folgenden Heften.

10) S. darüber Archiv für civilist. Praxis I. Bd. No. I.

11) Sehr merkwürdig in dieser Hinsicht ist auch: Niederrheinisches Archiv für Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtspflege, von Sandt und Zum-Bach. Köln 1817 — 1819. 4 Bde.

Gefährtin der Freiheit betrachtete; so entstanden die Prozeßentwürfe und Vorschläge, um nach den Bedürfnissen der Publizität die Prozeßform umzugestalten, so entstanden die Schriften von Reibnitz [12]), Engelhard [13]), Bessel [14]), Puttlitz [15]), Mallinkrodt [16]), und die durch diese veranlaßten Gegenschriften [17]). Es war vorauszusehen, daß bei der Abfassung neuer Prozeßgesetzbücher besonders ein Kampf zwischen den drei Prozeßformen, dem gemeinen, preußischen und französischen entstehen, daß man geneigt seyn würde, aus jedem gewisse glänzende Einrichtungen herauszunehmen und mit den übrigen zu verbinden. Der Erfolg hat die Wahrheit der Voraussehung gerechtfertigt. Wichtiger aber als manche einzelne Prozeßgesetze sind uns die glücklichen Veränderungen, welche in den letzten Jahren neue Grundlagen für die gesicherten Rechtsverfassungen gaben; wir meinen die Begründung von Constitutionen, und die Einführung der Landstände. Die Unabhängigkeit der Gerichte, die Aufhebung vieler den ernsten Rechtsgang störenden Einflüsse, die Theilnahme der Landstände an legislativen Arbeiten, die treuen Darstellungen bestehender Gebrechen sind die wohlthätigen

---

12) v. Reibnitz, Versuch über das Ideal einer Gerichtsord. Berlin 1815. 2. Thle.

13) Engelhard, Entwurf einer verbesserten Gesetzgebung für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten. Rudolstadt 1817.

14) Bessel, über die Gesetzgebung für die Rechtspflege mit besonderer Rücksicht auf Beschränkung des Untersuchungsverfahrens ꝛc. ꝛc. Leipzig 1818.

15) Vertheidigung der preuß. Gerichtsverfassung durch Darstellung ihrer Grundlage, von Puttlitz, Köln 1818.

16) Der preußische Prozeß ohne die ihm zum Vorwurfe gemachten Mängel und unter Aufnahme der Oeffentlichkeit, von einem preuß. Rechtsgelehrten. Mit Vorrede von Mallinkrodt. Jena 1819.

17) S. Literatur im civilist. Archiv. II. Bd. S. 171.

nächsten Wirkungen der neuen politischen Einrichtungen [18]. Eine neue Art der Behandlungsweise des Prozesses begann in der Zwischenzeit sich auszubilden. Man erkannte die Wichtigkeit der vergleichenden Gesetzgebung, welche die gesetzlichen Einrichtungen der verschiedenen Völker näher würdigt, die Stimme der Erfahrung über den Werth solcher Einrichtungen sammelt, die Gründe, aus welchen in einem Lande eine Einrichtung mehr oder minder sich bewährt, aufsucht und gewisse leitende Grundsätze aufzustellen sich bemüht, welche für den Gesetzgeber entscheiden müssen. Zu solchen für die Prozeßpolitik wichtigen Werken gehören, außer den oben in Bezug auf den preußischen und französischen Prozeß bereits genannten [19], die Schriften von Holzschuher [20], Hinsberg [21], Puchta [22], Scheuerlen [23].

Schon liegen aber vor uns auch mehrere legislative Arbeiten der einzelnen deutschen Staaten, welche eine ernste Betrachtung verdienen. Unter die Gesetzgebungen, welche am treuesten den Grundsätzen des gemeinen Prozesses geblieben sind, auf zweckmäßige Verbannung einzelner Mißbräuche, Abschneidung von Controversen, Belebung der Formen, und Beförderung des Prozeßganges durch neue

---

18) S. darüber Archiv für civilist. Praxis III. Bd. S. 222.

19) Z. B. v. Oppen, Gaertner, Reibnitz, Engelhard ꝛc.

20) v. Holzschuher, der Rechtsweg. Ein Versuch vergleichender Gesetzeskritik. Nürnberg 1831.

21) v. Hinsberg, Bemerkungen über den revid. Entwurf der Prozeßord. in Baiern. München 1827. Nachtrag 1828.

22) Puchta, Beitr. zur Gesetzgebung und Praxis der bürgerl. Verf. Erlangen 1822 und über die bürgerl. Rechtspflege und Gerichtsverfassung in Baiern. Erlangen 1826.

23) Scheuerlen, über die Abfassung von Gesetzbüchern, insbesondere einer bürgerl. Prozeßordnung für Würtemberg. Tübingen 1834.

Vorschriften sich beschränken, gehört die bremische Gerichtsordnung[24]), der für Baiern schon 1811 entworfene und später der öffentlichen Beurtheilung vorgelegte Prozeßcodex von Gönner[25]) so wie das den Landständen vorgelegte und von ihnen angenommene Gesetz vom 22. Juli 1819[26]). Hieher zu rechnen ist auch das auf schriftliches Verfahren und Verhandlungsmaxime gebaute, aber durch viele gute auf Abkürzung abzielende Vorschriften merkwürdige Gesetzbuch für das gerichtliche Verfahren in Civilrechtssachen für Bern[27]). Die neueste Prozeßordnung, welche auf den gemeinen deutschen Prozeß gebaut ist, ist die nassauische Prozeßordnung für die Appellationsgerichte vom 23. April 1822. Tiefer eingrei-

24) Gerichtsordnung der freien Hansestadt Bremen. Bremen 1814. vom 30. Juli 1814 in 41 Titeln. An die Stelle der Gerichtsordnung von 1814 ist nun eine neue Gerichtsordnung von 1820 getreten. Ein Auszug mit Bemerkungen findet sich im Archive für civilist. Praxis V. Bd. 2. Heft. No. XI.

25) Entwurf eines Gesetzbuchs über das gerichtliche Verfahren in bürgerl. Rechtsstreitigk. von Gönner. Erlangen 1815, der zweite Band enthält die Motive.

26) S Auszug im Archive für civilist. Praxis III. Bd. S. 228, und einen wichtigen Commentar hiezu von Gönner. Erlangen 1820.

27) Bern 1819. Der Verfasser ist Professor Schnell. S. Auszug im Archive für civilist. Praxis III. Bd. S. 290. S. auch das Gesetz der Republik Bern vom 6. Juli 1818 über die Administrationsstreitigkeiten im Archive III. Bd. S. 242. Der Entwurf hat durch Publikationspatent vom 26. März 1821 mit wenig nicht tief eingreifenden Abänderungen Gesetzeskraft erhalten. Einen durch fruchtbare allgemein interessante Bemerkungen ausgezeichneten Commentar zu dem Gesetzbuche hat der eigentliche Verfasser des Entwurfs, Prof. Dr. Schnell, Bern 1822, herausgegeben. Der Entwurf des 2. Theils (Verfahren in Schuldsachen) ist 1837 zur Berathung vorgelegt, aber noch nicht angenommen. Eine gute Zeitschrift, die auch viel für Civilprozeß enthält, ist die von dem bernschen Advokatenvereine herausgegebene Zeitschrift für vaterländ. Recht. Bern 1837.

fende und neue Bestimmungen, während im Ganzen das Verhandlungsprinzip und schriftliches Verfahren gilt, sind darin, daß der Beklagte, wenn er die Frist zur Antwort verstreichen läßt, den Thatsachen der Klage für geständig und auf die geltend zu machenden Einreden als verzichtend betrachtet wird. Die Eventualmaxime ist stärker normirt. Bei der Zeugenvernehmung, bei welcher Artikel und Fragstücke künftig wegfallen sollen, dürfen die Partheien gegenwärtig seyn; die Befugniß zu appelliren und das Verfahren dabei ist zweckmäßig beschränkt [28]. Mehr sich annähernd dem preußischen Prozesse, besonders mündliches Verfahren begünstigend, obwohl vielfach modifizirend und nachhelfend ist das k. würtembergische Edikt vom 31. December 1818 [29], zu welchem jedoch auch die Edikte über Gemeindeverfassung und Oberamtsverfassung, so wie das Edikt [30] über den Rechtsgang in Civilsachen bei den höheren Gerichten vom 22. Sept. 1819 gerechnet werden müssen. Diese Gesetze wurden später revidirt und manche bedeutende Abänderungen und Erweiterungen (vorzüglich auch eine Erweiterung des Rechts der Vertretung durch Advokaten und des Gebrauchs des schriftlichen Verfahrens) kommen in der Novelle vom 15. Sept. 1822 vor [31]; auch enthalten das Executionsgesetz vom 15. April 1825 und das Prioritätsgesetz von dem nämlichen Tage

---

28) Eine gute Erläuterung des nassauischen Gesetzes mit Angabe der Entscheidungen des obersten Gerichts ist die Schrift von Flach, Erläuterungen zum Prozeßgesetze von Nassau. Wiesbaden 1837.

29) Organisationsedikt über die Rechtspflege in den untern Instanzen im Königr. Würtemberg, mit Bemerkungen der Referenten. Stuttgart 1819. — Auszug des Gesetzes im Archive für civilist. Praxis III. Bd. S. 232.

30) Würtemberg. Staats- u. Regierungsblatt 1819 No. 62.

31) S. darüber kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft. Tübingen. VI. Thl. S. 420.

bedeutende prozessualische Bestimmungen [32]). Auch der hessische Entwurf für das Verfahren bei den Untergerichten [33]) entlehnt mehrere Bestimmungen aus dem preußischen Prozesse [34]).

Auf die Grundlage des französischen Prozesses dagegen gebaut, mit dem Streben, deutschrechtliche Bestimmungen mit den französischen zu verbinden, mit vielfachen Modifikationen des französischen Verfahrens erscheint der Entwurf des Verfahrens für die Mittelgerichte im Großherzogthum Hessen [35]).

Vorzüglich wichtig ist aber die Umarbeitung des französischen Prozeßgesetzbuchs für Genève, wo bis 1820 der Code de procédure galt. Die zur Bearbeitung des neuen Gesetzes beauftragte Commission [36]) erkannte die Gebrechen und Inconsequenzen der bestehenden Gesetzgebung, welche nicht in ihren Grundideen, aber wohl in der Ausführung derselben gegründeten Einwendungen unterliegt; das neue Gesetzbuch für Genève blieb den Grundideen treu, suchte aber in der Ausführung die Formen zu vereinfachen, Mißbräuche, die sich eingeschlichen hatten, zu verbannen, insbesondere viele Vorschriften, welche in

---

32) Ueber würtemberg. Prozesse s. vorzüglich Schütz, der würtemberg. Civilprozeß. Tübingen 1834, u. Scheuerlen, der deutsche gemeine u. würtemberg. Civilprozeß. Tübingen 1836. I. Thl.

33) Motive zu dem Gesetzbuche für das Großherzogthum Hessen über das Verfahren in bürgerl. Rechtssachen. Von Floret. Darmstadt 1818.
Auszug im Archiv für civilist. Praxis II. Bd. S. 174.

34) Eine sehr brauchbare Sammlung neuer in Hessen ergangener Gesetze v. Bopp, Nachträge zur hessen-darmstädt. Civilprozeßord. Darmstadt 1838. S. noch über die neueste legislative Thätigkeit in Hessen: Linde, im Archiv für civilist. Praxis XX. Bd. No 10.

35) Motive a. a. O. II. Heft. Auszug im Archiv für civilist. Praxis III. Bd. S. 138.

36) Sie bestand aus dem Staatsrathe le Fort, und den Professoren Gérod und Bellot.

Frankreich nur als Ueberbleibsel der Jurisprudenz, oder des Parlamentsgebrauchs entstanden und von welchen sich die Redaktoren des Code nicht kräftig genug losmachen konnten zu beseitigen. Die von Bellot bekannt gemachten Motive[37]) des neuen Gesetzes sind reich an den wichtigsten und fruchtbarsten Bemerkungen über Prozeßlegislation. Selbst französische Schriftsteller[38]) erkannten bald die großen Verbesserungen, welche die Gesetzgeber von Genève in den französischen Prozeß gebracht haben. Während das französische Gesetz als Regel aufstellt, daß jeder Civilprozeß im ordentlichen langsamen Verfahren verhandelt werde und die summarische Sache nur als Ausnahme ansieht, stellt das Gesetz von Genève die Regel auf, daß jede Sache in der Regel summarisch d. h. unmittelbar auf die Klage oder doch in der nächsten Sitzung mündlich verhandelt werde; nur wenn die Sache verwickelter und wichtiger ist, gestattet das Gesetz eine weitläuftigere Verhandlung, entweder durch vorausgehende Mittheilung der pièces, oder durch schriftliche Vorverhandlung unter Einwirkung des Gerichts. Der Sühnversuch vor dem Friedensrichter ist im neuen Gesetze in seiner Nothwendigkeit beschränkt. Das französische Vorverfahren zwischen Anwälten und durch den Huissier wird als unzweckmäßig erklärt; wenn das Gericht die Nothwendigkeit einer schriftlichen Vorverhandlung erkennt, so geschieht die Mittheilung der Schriften von Anwalt zu Anwalt ohne Huissier; für die einzureichenden Schriften ist eine bestimmte Vorschrift gegeben; die Entwickelung der Thatfragen und der Rechts-

---

37) Bellot exposé des motifs de la loi sur la procédure civile pour le Canton de Genève. Genève 1821.

38) S. Thémis ou bibliothèque du jurisconsulte tom. IV. livrais. 16. pag. 19.

punkte muß getrennt, und über jede vorgebrachte Behauptung bestimmte Erklärung vom Gegner gegeben werden. Die Publizität ist consequenter als im franz. Gesetzbuche durchgeführt, und muß ebenso bei der Vernehmung der Zeugen, die in der Sitzung verhört werden, und bei dem interrogatoire sur faits et articles beobachtet werden. Die Contumazialstrafen sind streng normirt, jedoch ist durch das Mittel der Opposition geeignet gesorgt, daß nicht leicht materielles Unrecht in formelles Recht übergehe. Das Institut der qualités bei den Urtheilen ist unterdrückt. Alle Beweisverhandlungen gehen in der Audienz selbst vor, das Verhältniß des possessoriums und petitoriums ist zweckmäßig regulirt. Auch in dem Verfahren in der Instanz der Rechtsmittel sind tief eingreifende Verbesserungen.

Die Erfahrung von mehr als 20 Jahren hat diesem Gesetzbuche das günstigste Zeugniß gegeben [39]). Aus den jährlich erscheinenden statistischen Tabellen ergiebt sich, daß weit weniger Rückstände bei den Gerichten Genfs vorkommen, als in anderen Ländern, und wie schnell die Prozesse gehen, sieht man daraus, daß als die Durchschnittszahl für die Dauer des Prozesses bei dem Civilgerichte von Genf die von 51 Tagen sich ergiebt [40]). Auch die neuesten Stimmen in Frankreich erkennen den Vorzug der Genfer Procedur vor der französischen [41]).

---

39) Nach dem Tode von Bellot wurde von seinen Verwandten und Freunden (Schaub Odier) eine zweite Auflage der Motive und des Genfer Gesetzes mit bisher ungedruckten Bemerkungen von Bellot u. mit statistischen Notizen unter dem Titel: loi sur la procédure civile du Canton de Genève suivie de l'exposé des motifs, seconde édit. Genève 1837 herausgegeben.

40) Loi sur la procédure. vol. I. p. 82.

41) Taillandier in der introduction z. Ausg. d. Genfer Gesetzes in Joucher 5. collection des lois civiles et crim. 5. livraison.

Will man, um den gegenwärtigen Stand der Civilprozeßgesetzgebung zu erkennen, eine Darstellung der verschiedenen legislativen Versuche entwerfen, so lassen sie sich auf folgende Klassen zurückführen.

I. Einige bezwecken nur den gemeinen deutschen Prozeß, dessen Grundlage vollständig beibehalten wird, zu verbessern, Streitfragen zu entscheiden, eingeschlichene Mißbräuche zu entfernen und einige auf die Beschleunigung der Prozesse abzielende Vorschriften zu geben. Dahin gehören 1) die oben schon angeführte bremische und nassauische Prozeßordnung; 2) die Prozeßordnung für Hannover vom 5. Okt. 1827, welcher ein Gesetz über das Verfahren in geringfügigen Schuldsachen nachfolgte[42]), wo jedoch die Erfahrung bald den Nachtheil zeigte, den es hat, wenn nur die Untergerichtsordnung verbessert und die bisherigen Obergerichtsordnungen unverändert bleiben.[43]) 3) Die baierische Prozeßnovelle vom 17. Nov. 1837[43a]). Wir werden unten sogleich anführen, daß im Königreiche Baiern auf die oben bemerkte Prozeßnovelle von 1819 drei vollständige Entwürfe der Prozeßordnung, 1815, 1827, 1831, vorgelegt wurden, die jedoch nicht Gesetzeskraft erhielten. Bei der Bearbeitung des Entwurfs von 1837 gab man die in den früheren Entwürfen für nothwendig erachtete Verbesserung der Grundlagen der Prozeßordnung ganz auf; man wollte dem

42) Einen guten Commentar zur Prozeßordnung hat geliefert Spangenberg. Hannover 1829. Ueber die Wirkung des Gesetzes in der Erfahrung und Erläuterung einzelner §§. findet sich viel Bedeutendes in der juristischen Zeitung für Hannover (Lüneburg seit 1825) und in den Annalen des Advokatenvereins von Hannover. 6 Hefte.

43) Annalen des Advokatenvereins a. a. O. IV. S. 74.

43a) S. darüber Anleitung zur Civilprozeßpraxis in Baiern nach dem Gesetz von 1837 von Puchta. Erlangen 1838.

Judiciarcodex treu bleiben und so erfolgte nach langen ständischen Berathungen das (leider nur fragmentarische mit dem Codex von 1753 und der Novelle von 1819 in mannigfaltige Collision gerathende) Gesetz vom 17. Nov. 1837, das von der Scheidung der minderwichtigen und der wichtigen Sachen ausgeht, den Kreis der ersten erweitert und in den dahin gehörigen Fällen das mündliche Verfahren vor Einzelnrichtern einführt, während in den wichtigern Fällen das schriftliche Verfahren die Regel bildet, jedoch dadurch verbessert ist, daß das Gesetz strenge die spezielle Litiscontestation fordert, durch keine Art von Einreden (ausgenommen der forideklinatorischen) von der Litiscontestation befreit, über die Beobachtung der Fristen strenge wacht, die Advokaten im Zaume hält. Eine Hauptverbesserung ist, daß die Partheien auch bei der Zeugenvernehmung gegenwärtig seyn dürfen.

In diese Klasse gehören auch 4) das kurhessische Gesetz vom 16. Sept. 1834[44]), tiefer eingreifend dadurch, daß die Appellation mehr beschränkt, die Berufung gegen die Beweisinterlokute ganz aufgehoben wird. Uebrigens zeichnet sich das Gesetz durch gute Vorschriften über Restitutionen und durch die Gestattung der Gegenwart der Partheien bei dem Zeugenverhör aus. Im ähnlichen Geiste ist 5) das braunschweigische Gesetz vom 23. Febr. 1837 abgefaßt[45]), das auf das Gesetz vom 15. Okt. 1832 sich bezieht, und vorzüglich über die Rechtsmittel und die Gegenwart der Partheien bei der Zeugenvernehmung Vorschriften enthält.

---

44) Einen Commentar hiezu liefert Bickell, Beiträge zum Civilprozesse. Cassel 1836.

45) S. über braunschw. Prozeß: Krüger, Darstellung des bürgerl. Prozesses in Braunschweig. 1829.

II. Eine andere Klasse bilden jene Gesetzgebungen, welche zwar treu der Grundlage des gemeinen deutschen Prozesses durch das Hereinziehen von Bestimmungen, die der Untersuchungsmaxime angehören, den Prozeß zu verbessern suchen; dahin gehören 1) die oben angeführte würtembergische Gesetzgebung; 2) das oldenburgische Prozeßreglement vom 15. März 1824[46]. Vorzüglich kommt darin die Vorschrift (§. 14.) eines Instruktionstermins vor, in welchem, nachdem die Klage und Einredeschrift eingebracht sind, der Richter die Partheien, die in Person mit ihren Anwälten vorgeladen werden, selbst hört, um dadurch Dunkelheiten, Unbestimmtheiten oder andere Mängel durch zweckmäßig bestimmte Fragen zu entfernen, das Faktum und den Streitpunkt festsetzen und die Sache so instruiren soll, daß sie wenigstens zu einem Vorbescheide über Beweis reif wird.

III. Einer anderen Klasse gehören jene Prozeßgesetzgebungen an, welche die Verbesserung des sächsischen Prozesses bezwecken, in dieser Rücksicht größtentheils auch die gemeinrechtlichen Grundlagen bestehen lassen, aber insbesondere einzelne der sächsischen Gesetzgebung angehörige Prozeßeinrichtungen näher normiren oder alte Vorschriften aufheben. Hieher gehören das weimarische Prozeßgesetz vom 12. April 1833 und das Prozeßgesetz von Schwarzburg-Sondershausen vom 20. Febr. 1834[47], neuere Gesetze des Königreichs Sachsen[48] und einige neue meiningische Prozeßgesetze[49].

---

46) S. meinen Aufsatz im Archiv für civilist. Praxis VII. Bd. S. 274.

47) S. im Auszuge im Archiv für civilist. Praxis XVII. Bd. No. XI.

48) Z. B. eine Vollstreckungsord. u. Gesetz über den Executivprozeß vom 28. Februar 1838.

49) S. im Archiv für civilist. Praxis XIX. Bd. S. 460.

IV. Andere Gesetzgebungen sind auf die Grundlage des französischen Gesetzes gebaut, bezwecken aber eine Verbesserung desselben. Dahin gehören außer dem obengenannten Gesetze von Genf vorzüglich 1) das Gesetzbuch über das Civilverfahren für das Königreich Griechenland vom 14. April 1834[50]), dadurch eigenthümlich, daß das Gesetzbuch auch die im franz. Code weggelassenen allgemeinen prozessualischen Grundsätze, ein größeres Detail von Regeln enthält und ein schriftliches Vorverfahren vorschreibt, welches dem Verfahren in der Audienz vorhergeht und daß das Gesetz durch genaue Vorschriften über Inhalt der Schriften, über Einlassung, Einreden eine vollständige Grundlage und die Vortheile der Eventualmaxime bezweckt. 2) Das Gesetzbuch für den Kirchenstaat vom 10. Nov. 1834[51]). 3) Das Civilprozeßgesetzbuch von Portugal vom 13. Januar 1837[52]), eigenthümlich dadurch, daß ein Schriftenwechsel durch Libelle der Audienz vorhergeht, daß Geschworne auch im Civilprozesse über die faktischen Fragen entscheiden und die Zeugen vor den Geschwornen aussagen; überhaupt sind manche Eigenthümlichkeiten der früheren portugiesischen Praxis auch im neuen Codex beibehalten. 4) Prozeßgesetzbuch für das Königreich Holland von 1830 und 1837[53]). Schon zur Zeit, als noch das jetzige Belgien mit

---

50) Abgedruckt auch in Maurer, das griechische Volk III. Bd. S. 623.

51) Darstellung desselben von Arndts in der Zeitschrift für ausländ. Gesetzgebung VIII. Bd. S. 251 und meinen Aufsatz in dem Archiv f. civilist. Praxis XIX. Bd. S. 445.

52) Als zweiter Theil der riforma iudiciaria.

53) Dies letzte ist bisher noch nicht als vollständig geordnet, publizirt, sondern nur im Staatsblad van het Koningrijk der Nederlanden v. 10. Mai 1837 und folgende.

Holland vereinigt war, wurde am neuen Prozeßcoder berathen und 1830 bekannt gemacht; erst nach der Trennung der zwei Staaten begannen die Berathungen von Neuem. Man blieb im Wesentlichen der französischen Grundlage treu; allein das Gesetz wurde verbessert durch Ausfüllung vieler Lücken des französischen Code, Abschneidung von Controversen, durch strengere Beachtung des Eventualprincips, und durch die Sorge des Gesetzgebers für eine häufigere und zweckmäßigere Anwendung schriftlicher Grundlagen.

V. Eine besondere Klasse der Prozeßgesetzgebungen bilden endlich diejenigen, welche eine gewisse Mischung theils des deutschen schriftlichen Verfahrens, theils der französischen Mündlichkeit und der Verhandlung in öffentlichen Sitzungen bezwecken. Dahin gehören 1) die baierischen Entwürfe der Prozeßgesetzbücher. Während der Entwurf von 1825[54]) noch mit einer gewissen Aengstlichkeit auftrat, zwar am Schlusse eine Verhandlung gestattete, worin die Partheien und ihre Anwälte dem Gerichte ihre Ansprüche und Gründe vortragen durften, im Uebrigen aber einen ausgedehnten Schriftenwechsel zum Grunde legten und keine Oeffentlichkeit der Verhandlungen zuließ, ging der Entwurf von 1827 schon weiter, führte Oeffentlichkeit ein, gestattete mündliche Verhandlungen, beschränkte mehr die schriftliche Grundlage, wollte aber des Guten zuviel thun, indem er selbst den preußischen status causae einführte[55]). Der Entwurf von 1827 wurde 1828 in der zweiten landständischen Kammer von einer Kommission geprüft, in welcher der Berichterstatter v. Rudhart einen

---

54) S. darüber Archiv für civilist. Praxis VIII. Bd. No. 17.

55) S. meinen Aufsatz im Archiv für civilist. Praxis XI. Bd. No. 8. 12.

geistvollen, vielfache Abänderungen vorschlagenden Bericht bearbeitete. Zur Berathung in der Kammer gelangte der Entwurf nicht. Im Jahr 1831 wurde ein neuer Entwurf den Kammern vorgelegt 56), der aber nicht einmal zur Berathung in einer Kommission kam. Der neue näherte sich mehr dem französischen Code, suchte aber doch durch ein schriftliches Vorverfahren Vortheile des deutschen Verfahrens hereinzuziehen. — Von dem neuesten baierischen Prozeßgesetze von 1837 ist oben die Rede gewesen. 2) Die badische Prozeßordnung von 1831 57). Sie zerfällt in zwei Theile: 1) eine Prozeßordnung, die auf die noch bestehende Einrichtung der Aemter, also auf die Einzelnrichter berechnet ist, den gemeinrechtlichen Prozeß zum Grunde legt, die Abschneidung der Controversen und Mißbräuche beabsichtigt, das mündliche Verfahren zu Protokoll, wie das schriftliche Verfahren gestattet, als zwei verschiedene Wege, unter welchen nach dem Bedürfniß zu wählen ist, dem Richter ein geeignetes Fragerecht einräumt und die Partheien bei der Zeugenvernehmung gegenwärtig seyn läßt. 2) Ein anderer Theil des Gesetzbuchs bezieht sich auf die Collegialgerichte 58) und sucht bei diesen die Vortheile der Mündlichkeit, so daß vor dem versammelten Gerichte plädirt wird, mit den Vortheilen einer schriftlichen Grundlage zu verbinden 59), jedoch so, daß nicht eine bestimmte Zahl von Schriften, im deutschen Sinne abgefaßt, nothwendig

---

56) Archiv für civilist. Praxis XVII. Bd. S. 296. Auf diesen Entwurf bezieht sich das oben angeführte treffliche Werk von Holzschuher.

57) S. darüber Archiv für civilist. Praxis XVII. Bd. S. 298.

58) Bei der Abfassung schwebte die Hoffnung vor, Collegialgerichte in erster Instanz zu erhalten.

59) Bad. Prozeßordnung Tit. XLIII.

ist, dies Eventualprinzip aber auf eine zweckmäßige Weise angewendet wird[60]. In den Kammern von 1831 wurde der Entwurf keiner umständlichen Discussion unterworfen, sondern auf den Grund einiger Commissionsberichte angenommen[61]) und das Gesetz publizirt (31. Dec. 1831). Nur wenige Bestimmungen wurden 1837 durch ein Gesetz geändert[62]. 3) Das Prozeßgesetz von Waadtland[63]), 4) das von Tessin[64]), 5) das von Wallis[65]), 6) das von Thurgau[66]), 7) das von Solothurn[67]), 8) das von Glarus[68]). In allen diesen ist deutscher schriftlicher Prozeß mit dem mündlichen öffentlichen Schlußverfahren gepaart. 9) Ein Prozeßgesetz vom 24. Dec. 1836 für Luzern[69]).

Betrachtet man die Fortschritte, welche durch alle diese Arbeiten die Prozeßgesetzgebung gemacht hat, so verweilt man gerne bei den Veränderungen der Gerichtsverfassung, bei der würdigen Besetzung der Gerichte, Unabhängigkeit und Immabobilität der Richter, bei der Aufhebung alter Mißbräuche, und Verbannung des Geschäftsschlendrians. Nicht weniger

---

60) Bekk, über die Mündlichkeit und Schriftlichkeit des Verfahrens nach der neuen Prozeßordnung. Freiburg 1832.

61) Authentische Beiträge zur Erläuterung der Prozeßordnung. Freiburg 1832.

62) Gesetz vom 3. August 1837.

63) Code de procédure du Canton de Vaud. Lausanne 1825.

64) Codice de procedura civile pel Cantone Ticino. Locarno 1821.

65) Code de procédure civile de la republique de Valais. Lion 1824.

66) Gesetz vom 11. April 1832.

67) Gesetz vom 2. Dec. 1832.

68) Civilprozeßordnung für Glarus. 1838.

69) S. darüber Pfyffer in der Zeitschrift für ausländische Gesetzgebung. X. Bd. S. 258.

freut man sich der durch die Verfassungsurkunden, durch Landstände, durch Verbannung der Kabinetsinstanz, durch Aufhebung oder Beschränkung der störenden Patrimonialgerichte gewonnenen Grundlagen für den Prozeß, und erwartet von den neu aufblühenden Gemeindeverfassungen, so wie von den organischen Umgebungen, von Hypothekenordnungen, von den Organisationen der freiwilligen Gerichtsbarkeit wohlthätige Früchte für den Prozeß. Nicht unterdrücken darf man aber manche Gefühle[70]) des Bedauerns. Auch im Prozesse hat ein übelangebrachtes Philosophiren und Construiren, verbunden mit dem oft gerügten Generalisiren, Nachtheile hervorgebracht. Unbekümmert über den Ausspruch der Quellen hatte man sich nicht selten Begriffe geschaffen, welche nicht zu dem consequenten gesetzlichen Gebäude paßten, welche man aber wieder bei Abfassung neuer Gesetzbücher geltend machte. Man suchte sein Heil in allgemeinen Regeln, welche man dem Richter gab, und hoffte durch eine Maxime, bei welcher sich jeder etwas anders dachte, die jeder daher auch auf andere Weise anwendete, jeden Streit abgeschnitten zu haben[71]). Noch mehr aber beklagt man die Sitte, aus allen Gesetzgebungen ein paar Bestimmungen herauszunehmen, ein blendendes Institut, das die Mode rühmt, in die Gesetzgebung überzutragen, und aus verschiedenen Gesetzbüchern Bestandtheile zu einem bunten Ganzen zusammenzutragen[72]), nicht erwägend, daß alle Gesetze und Anstalten nur im ganzen

---

70) S. auch Archiv für civilist Praxis III. Bd. S. 246 u. 314.

71) Sehr gegründete Bemerkungen darüber s. in Puchta, Beiträge zur Gesetzgebung und Praxis des bürgerlichen Rechtsverfahrens No. I. S. auch Griesinger über Justizorganisationen der neueren Zeit S. 8.

72) S. überhaupt Puchta in der Zeitschr. v. Linde. IX. Bd. No. 2.

Zusammenhange und in Vergleichung mit allen Verhältnissen des Staates, für den sie bestimmt sind, beurtheilt und nicht beliebig herausgerissen anderen Verhältnissen und Einrichtungen angeflickt werden können. Wer endlich beklagt es nicht, daß in den deutschen Staaten so verschiedene Wege gewählt werden, daß die durch Jahrhunderte dem Deutschen angehörige, dem Character völlig anpassende deutsche Grundansicht vernachlässigt und mit verschiedenen Farben und Formen so entstellt wird, daß auf eine deutsche Jurisprudenz, auf gründliche Ausbildung der Rechtswissenschaft unter den Einflüssen des Particularismus weniger zu hoffen seyn wird, als es früher der Fall war?

---

§. VIII.

Verhandlungs- und Untersuchungs-Prinzip.

Die Völker des Alterthums, wie die Germanen im Mittelalter, erkannten in der richterlichen Gewalt eine zwar ebenso höchst wohlthätige Stütze bürgerlicher Ordnung, als eine leicht zur Beschränkung der Privatfreiheit zu mißbrauchende Anstalt, und nicht ohne Grund beginnen die alten deutschen Rechtsbücher mit der Erklärung: daß man niemant nöte soll zu chainer klag. 1)

1) S. bair Rechtbuch v. 1346. Tit. 1 Art. 1. Hiezu Sachsenspiegel I. 62 u. der Glossator des Spiegels: „hie solltu merken das viel Richter daran unrecht thun, daß sie die Leut zwingen zu klagen, umb ires Nutzes willen, nemlich auf das sie desto mehr Buß bekommen.“

Mit Unrecht würde man aber deswegen glauben, daß das arbitrium des römischen judex oder praetors, oder die freie Thätigkeit des deutschen Richters im Mittelalter so beschränkt gewesen sey, wie neuere Juristen nicht selten dies als angebliche Folge des Verhandlungsprinzips es behaupten. Die von dem praetor zur Aufklärung gestellten interrogationes [2]), die Ansichten der Gesetze über das officium judicis [3]), die Vorschriften im späteren römischen Prozesse [4]), daß der Richter auch die Wahrheit ausmitteln müsse, würden in Bezug auf den römischen Prozeß ebenso sicher die Unrichtigkeit der Meinung lehren, als im deutschen Prozesse gegen diese Ansicht die ganze in Fragen des Richters und der Partheien bestehende Verhandlungsform [5]), die dem Richter zur Pflicht gemachte Prüfung der Erfordernisse der Urkunde von Amtswegen [6]), die Pflicht selbst von Amtswegen Augenschein einzunehmen [7]) spricht.

Solange überhaupt der Prozeß mündlich verhandelt wurde, solange der Richter Gelegenheit hatte, bestimmte Fragen zu stellen und auf deren Beant-

2) L. 9. §. 1. §. 6. D. de interrog. in jur.

3) S. Gajus, IV. 63. 64. §. 39. Just. de action. Just. IV. Tit. 17.
Von den Ansichten der römischen Juristen über Pflicht des Richters. A. Gellius Noct. Attic. XIV. cap. 2. über das officium judicis, Linde, Lehrbuch des Prozesses. §. 163. Heffter, Institutionen. S. 233.

4) L. 9. Cod. de iudic.

5) S. Richtsteig, Buch I. cap. 7. 8. in Senkenberg Corp. Jur. t. I. p. 136.
Chr. Eckhard de interrogat. in jure apud Germanos. Jen. 1746.
Kopp. ausf. Nachr. von den geistl. und weltl. Gerichten I. Thl. S. 437.

6) Emerich, in Schmink monum hass. Thl. II. p. 722.

7) Emerich a. a. O. p. 745.

wortung zu dringen, oder bei einer dunkeln Antwort durch eine Frage nachhelfen konnte, entstand kein Zweifel über das Recht des Richters, von den Partheien jede Aufklärung zu verlangen, die er für nöthig hielt, um über die streitigen Ansprüche entscheiden zu können. Erst von der Zeit an, als der Prozeß schriftlich wurde, als die Prozeßordnungen sich auf die Obergerichte bezogen, bei welchen die Partheien nicht mehr selbst in Person erschienen, als der Richter nur mehr auf Schriften, die planmäßig und mit schlauer Berechnung gearbeitet waren, beschränkt war, als bei den Untergerichten die Justiz von den mit fremdartigen Geschäften aller Art überladenen Richter verwaltet wurde, der kaum Zeit hatte, jede eingereichte Schrift zu prüfen, vielmehr sie, sie mochte seyn, wie sie wollte, dem Gegner mittheilte, da fehlte es dem Richter an Gelegenheit, die Fragen zu stellen, die Partheien erschienen nicht, und wenn es zur Urtheilsfällung kam, blieb nichts übrig, als sich an die Akten, wie sie lagen, zu halten, und selbst auf die lückenhaften Akten das Urtheil zu fällen. Daß eine solche Justiz oft Klagen erzeugen mußte, um so mehr, als sich durch Mißverständniß der Gesetze die Richter immer unthätiger bei den Prozessen zeigten und blos die auch noch so lückenhaften und schlechten Schriften wechselseitig mittheilten, war begreiflich; die Advokaten benutzten die Nachsicht und Unthätigkeit der Richter, und die würdige Ansicht des deutschen Prozesses ging oft unter im Schlendrian einer trägen Praxis. Als nun am Ende des vorigen Jahrhunderts in Preußen ein neues Verfahren gegründet wurde, nach welchem in der Voraussetzung persönlicher Erscheinung der Partheien bei Gericht, und mit der Absicht, die Advokatenherrschaft zu beschränken, die Richtergewalt aus-

gedehnt, und der Richter von Amtswegen Wahrheit aufzusuchen schuldig erklärt wurde [8]), ohne daß er sich an die von den Partheien angegebenen Mittel zur Erforschung schlechterdings binden müßte, — da erhielt die Untersuchung des obersten Grundsatzes des deutschen Prozesses eine neue Richtung. Da der preußische Prozeß selbst seine neue Maxime die Inquisitionsmethode nannte, so bildete sich nun, da man im deutschen Prozesse eine entgegengesetzte richterliche Thätigkeit wahrzunehmen glaubte, auch eine als Gegensatz bezeichnete Maxime des gemeinen Prozesses aus, welche man Verhandlungsmaxime (richtiger Prinzip) nannte. Aufgestellt als ein strenger Gegensatz mußte diese Maxime bald in einer ununterbrochenen Reihe von Gegensätzen bei jedem einzelnen Abschnitte im Prozesse durchgeführt werden; und indem man die Verschiedenheiten des gemeinen und preußischen Prozesses scharf hervorzuheben suchte, vergaß man die gemeinschaftlichen Merkmale und die wahren Vereinigungspunkte der scheinbar verschiedenen Prozeßformen. Da auch die Maxime des deutschen Prozesses erst philosophisch construirt, und aus einzelnen Aussprüchen abstrahirt werden mußte, so konnte es nicht fehlen, daß jeder sich unter der Maxime etwas anderes dachte, und der Conséquenz zu Gefallen aus verschiedenen Bestimmungen und Folgerungen ableitete. Es kann hier nicht die Absicht seyn, die früher von den Rechtsgelehrten [9]) gelieferten Erörterungen zu wiederholen; nur die Betrachtung des Streits von einer neuen Seite mit Berücksichtigung dessen,

---

8) Vorbericht von Suarez §. I — V. s. noch Puchta, das Prozeßleitungsamt des deutschen Civilrichters. S. 74.

9) Gönner's Handbuch I. Band, §. 6. 8 10. Martin's Lehrbuch § 15. 61. Gensler, Handbuch S. 64.

Bayerische Staatsbibliothek München

was in neuester Zeit Puchta [10]), Welsch [11]), Lotz [12]), die würtembergischen Motive [13]), Seuffert [14]), und Scheuerlen [15]) darüber bemerkt haben, dürfte nicht ohne Verdienst seyn. — Wenn man die Forderung (§. 3) erwägt, nach welcher der Prozeß so organisirt seyn soll, daß die natürliche Ungleichheit der Kräfte der streitenden Theile ausgeglichen und unschädlich gemacht wird, so erscheint die Verhandlungsmaxime als diejenige Einrichtung, bei welcher es den Partheien selbst überlassen wird, durch Beiziehung von Advokaten, durch welche die schwächere Parthei sich gegen die stärkere geistig waffnet, der Ungleichheit der Kräfte vorzubeugen, während bei der Untersuchungsmaxime das Gesetz durch den Richter selbst und die ausgedehntere Befugniß desselben dem schädlichen Einflusse ungleicher Kräfte entgegenwirkt. Die Untersuchungsmaxime berücksicht theils die Folgen des Zwangs, der den Partheien zugefügt würde, wenn sie nur durch Advokaten streiten müßten, sie erkennt als natürliches Vorrecht jedes Bürgers, seinen Streit ohne fremde Hülfe dem Richter einfach vortragen zu dürfen, sie betrachtet die große Zahl von Streitenden, die, sich selbst überlassen, eine leichte Beute listi-

10) Puchta, über die Grenzen des Richteramts in bürgerlichen Rechtssachen, Nürnberg 1819. Vorzüglich merkwürdig ist die neueste Schrift von Puchta, Beiträge zur Gesetzgebung und Praxis des bürgerlichen Rechtsverfahrens No. II.

11) Welsch, Revision der Gesetzgebung und Rechtspflege in Baiern, München 1819, 1s Heft.

12) Lotz, civilistische Abhandlungen zur Berichtigung einiger Punkte der Prozeßtheorie, Coburg 1820.

13) Motive zu dem Organisationsedikt über Rechtsflege in Würtemberg. S. 15.

14) Seuffert, Handbuch des bürgerlichen Prozesses, S. 300.

15) Scheuerlen, über Abfassung neuer Gesetzbücher. Tübingen 1834, S. 59.

ger Gegner würden, theils berücksichtigt sie auch den anderen Fall, wenn die Bürger zur Verfolgung ihrer Sache der Advokaten sich bedienten, sie erkennt aber, daß, ungeachtet der Beiziehung der Advokaten, die Ungleichheit der Kräfte noch nicht völlig ausgeglichen ist, indem theils unter den Anwälten selbst Verschiedenheit der Talente, Kenntnisse und des Willens zu finden ist, theils der Reiche und Mächtige leicht Mittel findet, den talentvollsten und gewandtesten Sachführer für seine Sache zu gewinnen. Unverkennbar liegt daher dem preußischen Prozesse ein höchst achtungswürdiges Streben zum Grunde: zu bewirken, daß materielles Unrecht wo möglich nie in formelles Recht übergehe; daher begnügt sich der Gesetzgeber nicht mit einer blos von den Partheien gelieferten Wahrheit, die vom Verzichte und Zufalle abhängt, er verlangt die reinste Wahrheit zu erhalten, und stellt daher den Richter auf eine Stufe, welche wohl geeignet ist, seine Kraft zu erhöhen, indem eine hohe Aufgabe ihm vorschwebt. Uns sey es aber erlaubt, unsere Betrachtungen über die beiden Maximen unter nachstehenden Gesichtspunkten aufzustellen:

I. Kennt der gemeine Prozeß nicht eine solche Befugniß des Richters, welche eine zweckmäßige gerechte Entscheidung ihm eben so gut möglich macht, und in Bezug darauf seine Thätigkeit bestimmt, wie dem preußischen Richter? findet sich ein scharfer Gegensatz beider Maximen?

II. Entspricht die Ausdehnung, welche der preußische Prozeß der Richtergewalt gegeben hat, allen Voraussetzungen des heutigen Prozesses?

III. Entspricht sie den Forderungen, welche die Par-

theien an den Gesetzgeber in Ansehung der Civilprozesse machen können?

IV. Läßt die preußische Maxime sich consequent durchführen? und hat sie in ihrer Ausübung nicht bedeutende Nachtheile?

I. Es bedarf keines Beweises, daß das heutige schriftliche Verfahren auf allen jenen Grundlagen beruht, auf welche das frühere mündliche Verfahren sich stützte, welches zur Zeit der älteren gesetzlichen Quellen galt. Alle gesetzlichen Befugnisse der damaligen richterlichen Thätigkeit finden auch noch jetzt Statt, nur müssen sie im Sinne des schriftlichen Verfahrens, dem Geiste desselben anpassend in einer anderen Form sich aussprechen. Solange die Partheien selbst bei Gericht erschienen, fehlte es nicht an Gelegenheit für den Richter, durch Fragen jede Dunkelheit aufzuhellen, und so wie der römische Richter solche Fragen stellte 16), so gebot das canonische Recht die Fragestellung 17), um die Wahrheit zu erforschen 18). Was der Richter damals mündlich thun durfte, thut er schriftlich, weil kein Zwang zum Erscheinen der Partheien vorhanden ist, er frägt durch seine Dekrete. Diese Befugniß liegt selbst in der Stellung der Partheien zum Richter. Die Parthei verlangt, daß ihr ein gewisser Anspruch, oder die Befreiung davon vermöge eines von ihr vorgelegten Rechtsverhältnisses zuerkannt werde; dieser richterliche Ausspruch aber ist dadurch bedingt, daß die Thatsa-

---

16) L. 9 §. 1. §. 6. I. 11. §. 9. D de interrog. l. 9. Cod. de judic.

17) C. 10. X. de fide instrument. Potest interrogare de facto quotiens dubitationis aliquid occurrit, Clement 2 de Verb. Sing. interrogabit judex partes sive ad earum instantiam sive ex officio ubicunque hoc aequitas suadebit.

18) c. 6. X. de judiciis.

chen dem Gesetze gemäß sind, und dem Richter kommt die Beurtheilung der Erfordernisse zum Siege zu. Ist das vorgelegte Rechtsverhältniß nach dem Gesetze überhaupt nur für die Begründung des Anspruchs tauglich, ist aber einer oder der andere Punkt, auf welchen sich die Partheien beriefen, dunkel vorgetragen, so liegt im Amte des Richters, der immer in Bezug auf das Gesetz den Vortrag prüft, das Recht, nähere Aufklärung über die vorgetragene Thatsache zu verlangen. So wie er im mündlichen Verfahren in jedem Momente fragen könnte, so frägt er im schriftlichen Verfahren durch seine Dekrete, verlangt von jeder Parthei auf alle Punkte, in jedem Theile, des Gerichts Aufklärung [19]. Der Richter hat, wie Gensler richtig bemerkt [20], das Recht, alle vorgetragenen Thatsachen aufzuhellen, er darf ihre Unvollständigkeit und ihre Unschlüssigkeit bemerklich machen. Dies Recht wird schon a) bei Prüfung und Verfügung auf die Klage, b) vorzüglich bei der Verfügung auf die Antwort des Beklagten c) und selbst bei dem Beweise geltend gemacht, daher es keinem Zweifel unterliegt, daß der Richter auch bei der Zeugenvernehmung ex officio, wenn die Antworten der Zeugen über die Artikel dunkel sind, durch Fragen den Zeugen auffordern darf, die dunkle Antwort zu erklären und ihren Sinn aufzuhellen [21], so ist der

---

19) J. R. A. von 1654, §. 41. Dies Fragerecht ist in den Landesgesetzen sehr verschieden modifizirt worden, z. B. in der baierischen Gerichtsordn. v. 1753. X. §. 15. nro. 7, wo nur den Dicasterien das Fragerecht eingeräumt ist. Seuffert, Handbuch I. S. 304.

20) Archiv für civilist. Praxis, III. Bd.. S. 307.

21) S. schon Gail, observ. lib. I. obs. 95 et 8. Brunneman, proc. civil. c. 20 et 55. Wernher, lect. comment. II. vol. pag. 217. S. besonders meinen Aufsatz im Archiv für civilistische Praxis, V. Bd. S. 184.

oft behauptete Satz, daß nach der Verhandlungsmaxime der Richter nicht von Amtswegen verfahren dürfe, unrichtig, und so möchte auch die Ansicht eines neueren Schriftstellers 22) nicht zu billigen seyn, wenn er das Wesen der Verhandlungsmaxime darin findet, daß der Richter auf den Inhalt der Verhandlungen nicht einwirken dürfe, da die, eine bessere Antwort gebietenden Decrete, unfehlbar das Gegentheil zeigen, weil auch die Unterlassung solcher Dekrete nothwendig den Richter bei der Entscheidung in die höchste Verlegenheit setzt.

Eine andere Frage aber ist es: darf der Richter über die von den Partheien gestellten Anträge und die dazu vorgebrachten Beweise hinausgehen, sie ergänzen, und den Partheien suggeriren? Hier spricht das positive Recht, wie der oberste Grundsatz des Prozesses ein bestimmtes Nein ohne Rücksicht auf mündliches oder schriftliches Verfahren aus.

Man vergißt oft, daß in den Verhandlungen der Partheien wohl die von ihnen gestellten Anträge (conclusions) mit der Angabe des Grundes, aus welchem sie gesetzlich den Antrag ableiten, von der Anführung der Thatsachen und Rechtsgründe (moyens) zu trennen sind, durch welche die Partheien das Daseyn des Grundes, worauf sie sich berufen und die Schlüssigkeit ihrer Anträge dem Richter klar zu machen sich bemühen. Die Anträge binden durchaus den Richter so, daß er darüber nicht hinaus kann; diese lassen sich auch bestimmt aufstellen, und werden vom Kläger und Beklagten wohl überlegt mit der Absicht, den Richter daran zu binden, gestellt. Der übrige Theil der Verhandlungen enthält nur einen Versuch der Begründung der Ansprüche und der

---

22) Welsch', Revision a. a. O. 1s Heft, S. 37.

Aufklärung; in Ansehung derselben steht dem Richter zu, auszusprechen, ob ihm der Versuch genüge, mit dem Rechte, bessere Aufklärung zu verlangen; durch diese richterliche Forderung wird die Parthei nicht beeinträchtigt, es wird über keinen absolut gestellten Antrag hinausgegangen. Von jeder Parthei dagegen hängt es ab, wieviel sie, wenn sie in einem Rechtsverhältnisse steht, davon fordern will, weil ihr Ausspruch auf jeden einzelnen Theil geht; der Richter kann dem zu wenig Fordernden nicht mehr zusprechen, sobald der Antrag bestimmt gestellt war, und das Gegentheil kann nicht durch Berufung auf Gesetze bewiesen werden [23]), wovon Eines klar [24]) nur von der Anwendung der Strafe die plus petitio, und das Zweite [25]) von der Klageänderung spricht. Eben so wenig kann von einer Ergänzung der Einreden gesprochen werden [26]), wobei es sich von selbst versteht, daß wenn der Beklagte die Thatsache, aus welcher gesetzlich eine Einrede abzuleiten ist, anführt zur Befreiung, ohne der gesetzlichen Formel oder des Worts exceptio zu erwähnen, der Richter auf die exceptio Rücksicht nimmt, weil nicht das Wort, sondern die Thatsache entscheidet; während ein weiteres Ergänzen, z. B. der Einrede der Verjährung selbst dem Geiste des Civilrechts, der Ansicht von der zurückbleibenden natürlichen Verbindlichkeit widerspricht, und eine Rechtswohlthat aufdringt.

Hier aber ist der Punkt, wo sich der preußische Prozeß von dem gemeinen unterscheidet. Es ist nach

---

23) Puchta, über die Gränzen, S. 96.

24) L. 1. §. 3. Code de plus petit.

25) §. 34. Inst. de action.

26) Archiv für civilist. Praxis I. Bd. No. 28. 29. Ueber diesen Punkt jedoch abgesondert später.

dem Ausgeführten kein absoluter Gegensatz zwischen Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime, wenn man die letzte auf das von Amtswegen dem Richter zustehende Frage- und Aufhellungsrecht bezieht, und der gemeine Prozeß kennt darnach auch ein richterliches Untersuchungsrecht; daher ist es auch nicht ganz richtig, wenn man sagt [27]), daß keine Prozeßordnung rein auf der Verhandlungs- oder rein auf Untersuchungsmaxime beruhe. Wenn das zweckmäßigste Prinzip des Verfahrens dasjenige ist, nach welchem zwar dem Richter jeder Eingriff in die Dispositionsrechte der Partheien verboten, derselbe aber in so ferne er für den Zweck des Rechtsschutzes thätig seyn soll, nicht zur willenlosen Maschine gemacht wird [28]), so beruht auch der gemeine deutsche Prozeß gewiß auf diesem Prinzip, und wenn dasselbe ebenso dem preußischen Prozesse zum Grunde liegt, so ist kein Unterschied der Grundlage da. Der preußische Prozeß geht aber einen Schritt weiter als der gemeine deutsche; während der letztere annimmt, daß die Partheien durch die Wahl ihrer Vertreter, welche von ihnen abhing, hinreichend für sich gesorgt haben werden, und daß das, was die Advokaten vortragen, genau so der Wille der Partheien war, während daher die Thätigkeit des Richters nur soweit sich äußert, als es ihm nöthig ist, um ein vollständiges Urtheil fällen zu können, will der preußische Prozeß nichts auf diese Vermuthung bauen; er berücksichtigt vielmehr die menschlichen Verhältnisse, nach welchen der halbinstruirte Advokat nur zu oft im Namen der Parthei handelt, die von der Handlung nichts

---

27) Motive zu dem k. würtembergischen Organisationsedikt, S. 15.

28) Puchta, Beiträge zur Gesetzgebung a. a. O. S. 36.

wußte, oder wenn sie den ganzen Plan gekannt hätte, nicht eingewilligt haben würde; das preußische Gesetz fühlt die Nachtheile, wenn die Parthei isolirt von dem Richter steht, und dadurch die Annäherung an die Wahrheit erschwert [29]), es will jeden Zwang, der einer Parthei dadurch aufgelegt wird, daß sie eines Advokaten sich bedienen muß, verbannen, und die durch einseitige, schlaue oder unvollständige Darstellungen entstehenden Hindernisse der Entdeckung der Wahrheit beseitigen, es will durch die Fragen und eigenen Bemühungen des Richters die Gewährschaft haben, daß man sich gegenseitig verstanden habe. Auch für die unerfahrene, schüchterne Parthei soll, wenn sie das Recht auf ihrer Seite hat, durch die Thätigkeit des Richters gesorgt werden, dem listigen chikaneusen Gegner sollen seine Verdrehungen nichts helfen. Auch der ungeschickteste, unbeholfenste Bürger soll, wenn er persönlich streiten will, nach preußischem Prozesse dies thun können. Es soll durch ein ununterbrochenes, zweckmäßiges Benehmen des Richters mit den Partheien und ihren Vertretern der gehörige Streitpunkt ausgemittelt werden; der Richter soll durch seine Thätigkeit die Grundlage für die Verhandlungen und die Urtheilsfällung sich verschaffen. Dazu soll der Instruent dem Kläger seine eigenen Vermuthungen, worin die Ausflüchte des Beklagten nach der Natur des Geschäfts bestehen könnten, eröffnen [30]) und ebenso den Beklagten auf etwaige Einwendungen, und die Erwiederungen des Klägers hierauf aufmerksam machen [31]); er soll überhaupt

---

29) Puchta, Beiträge S. 39.

30) Gerichtso. Tit. V. §. 6.

31) Gerichtso. Tit. IX. §. 6. 7.

für jede Parthei dasjenige thun, was einem sorgfältigen gewissenhaften Advokaten einer jeden Parthei zu thun obläge.

II. Fragen wir um die Voraussetzungen des preußischen Gesetzgebers bei der neuen Methode, so war vorzüglich die persönliche Erscheinung der Parthei bei Gericht vorausgesetzt, wie dies auch 1780 geboten war; allein es gestehen selbst die preußischen Rechtsgelehrten [32], daß diese Voraussetzung nicht eintreffe, und damit fällt auch der Grund des preußischen Prozesses zusammen [33]. Der Prozeß ist berechnet auf Partheien, welche ungeübt und ohne rechtlichen Beistand zu Gericht kommen, welchen daher der Richter zu Hülfe eilen muß, damit nicht der Unerfahrene ohne Rath sey. Wenn aber die Partheien nicht erscheinen, weil sie nicht kommen können, oder nicht Lust haben, wie dies immer mehr der Fall seyn wird, und wenigstens bei vielen Partheien aus den Verhältnissen des bürgerlichen Lebens sich erklärt, wenn für die Partheien Rechtsgelehrte, Justizcommissarien erscheinen, so ist theils dieser gelehrte richterliche Rath nutzlos, weil die Partheien schon ihre Rathgeber gewählt haben, die Vernehmung wird theils selbst unpassend, da der gelehrte Bevollmächtigte im Stande ist, den Vortrag auch ohne vernommen zu werden, klar und bestimmt zu liefern, die mündliche Instruktion wird sogar unpassend und unmöglich, da der Advokat nicht selbst dem Rechtsverhältnisse betheiligt war, auf viele Fragen nicht befriedigend

---

32) Bessel, über die Gesetzgebung für die Rechtspflege, S. 4. Simon, im Niederrhein. Archiv IV. Bd. S. 303. Bühl, über die Instruktion des Civilprozesses. Hamm 1831, S. 11 rc.

33) Vorzüglich Gaertner, Kritik des Untersuchungsprinzips des preuß. Civilprozesses. Berlin 1832.

antworten kann, und die richterliche und zudringliche Aufsuchung von Beweisen ist nicht weniger unnöthig, da die Partheien durch die Wahl der rechtsgelehrten Beiständer beweisen, daß sie zu diesen Vertrauen haben und vom Richter nur verlangen, daß er über das, was sie ihm vorlegen, entscheide. — Unter solchen Umständen, unter welchen die Richter selbst sehr gut fühlen, daß sie ihr Amt nicht ausüben können, weil die Verhältnisse nicht passen, bleibt leicht nur die hohle todte Form stehen und es ist zu besorgen, daß nur in seltenen Fällen der Gesetzgeber seine Absicht erreichen kann [34]. —

III. Der preußische Prozeß entspricht aber auch nicht den Forderungen der Partheien. 1) Als eine der ersten Forderungen (§. 3) erscheint eine Stellung des Richters im Prozesse, welche den Partheien die höchste Bürgschaft für die Unpartheilichkeit des Richters giebt; je ruhiger der Richter in der Mitte der Partheien steht, je mehr er auf ein besonnenes aufmerksames Anhören der vorgebrachten Behauptungen und Gründe sich beschränkt, je mehr er sich hütet, durch geheimnißvolles Benehmen mit einer Parthei den Verdacht bei der anderen zu erwecken, daß er ihren Rathgeber gemacht habe, desto mehr werden die Partheien der Unpartheilichkeit vertrauen. Vergebens aber sucht man in dem preußischen Prozesse Einrichtungen, welche dies Vertrauen wecken. Der preußische Richter hat eine Aufgabe zu erfüllen, welche ihrer Natur nach höchst unbestimmt ist, und keine scharf begränzte, eben darum aber keine sichernde Instruktion gestattet. Hier läßt sich keine Rechenschaft für jeden einzelnen Schritt

---

34) Puchta, in der Schrift: das Prozeßleitungsamt, S. 81, läugnet, daß der preußische Richter ein Rathgeberamt ausübe.

des Richters geben; seinem Ermessen ist die Entdekkung der Wahrheit überlassen, ihm muß auch vertraut werden; Leidenschaften aller Art finden in der weiten richterlichen Instruktion ihren Deckmantel; der Richter kann die Herausgabe jeder Urkunde, die ihm wichtig scheint, verlangen, er kann andere Personen adcitiren, er kann beliebig Fragen stellen, ihm kann dabei nicht nachgerechnet werden, ob alles dies wirklich so nothwendig war; die Art seiner Thätigkeit, welche ihm zur Pflicht gemacht ist, sichert ihn.

2) Die Besorgniß der Partheilichkeit wächst bei jeder Parthei durch das geheimnißvolle Benehmen des Richters, da der Richter die Parthei allein vernimmt, da er ihr alle Schwierigkeiten darstellen soll, so wird bei der anderen Parthei natürlich die Frage aufsteigen: was der Richter mit dem Gegner gesprochen habe, ob er ihr nicht mehr, nicht sorgfältiger gerathen habe, als er es einem Anderen thut. Immer deckt ein Schleier des Geheimnisses die Schritte des Richters für die Partheien, und macht, wie dies immer der Fall ist, mißtrauisch, während im Gegentheile der Richter bei dem schriftlichen Verfahren nur durch Dekrete mit den Partheien spricht, welche auf gleiche Weise jeder Parthei zukommen.

3) Erwägt man, daß der preußische Richter in unmittelbare persönliche Berührung mit den Partheien tritt, so muß man daraus eine neue Besorgniß ableiten; unwillkührlich wird die persönliche Bekanntschaft den Richter mehr auf die Seite der einen als der andern Parthei ziehen, die gewandte, durch körperliche Schönheit ausgezeichnete oder in den Mantel liebenswürdiger Schüchternheit sich hüllende Klägerin wird dem Richter eine Theilnahme einflößen, während der zanksüchtige, häßliche, trotzige Beklagte von sich abstößt. Wer mag behaupten, daß nicht die

persönlichen Eigenschaften der Partheien in die Waagschale fallen, daß nicht unwillkürlich der Richter seinen Rath kräftiger und sorgfältiger der liebenswürdigen Klägerin als dem abstoßenden Beklagten, oder dem bescheidenen, gebildeten Beklagten besser als dem trotzigen, unartigen, langweilig vortragenden Kläger ertheilt? Wenn dagegen Puchta [35]) bemerkt, daß solche Gefahren auch in dem französischen öffentlichen Verfahren und in dem rein schriftlichen Prozesse befürchtet werden könnten, so dürfte doch der Unterschied nicht unbedeutend seyn, daß im preußischen Prozesse der persönliche Eindruck der Partheien in der Gegenwart wirkt, wo der Richter handelt, und ihn zu mehr oder minder Theilnahme stimmen kann, von deren Grade die Treue und Genauigkeit der Protokolle abhängt, auf welche als Grundlage die urtheilenden Richter ihr Urtheil bauen, während im französischen Prozesse die Parthei selbst nicht vorträgt, und ihr Eindruck wenig entscheidet, indem der Richter nicht im Momente, in welchem der Eindruck geschieht, handelt.

4) Nicht weniger setzt den Richter in eine Gefahr der Partheilichkeit das ihm aufgedrungene Rathgeberamt. Der Richter, bemerkt von Reibnitz mit Recht [36]), welcher nach den Regeln des Prozesses die Instruktion leitet, darf es nicht den Partheien allein überlassen, ihre gegenseitigen Behauptungen vorzutragen; er muß an der Entwickelung der Wahrheit selbst thätigen Antheil nehmen; dies setzt voraus, daß er sich aus den ihm bekannt gewordenen Thatsachen einen Plan bilde, wie er bei dieser Untersuchung zweckmäßig

---

35) Beiträge a. a. O. S. 69.

36) Reibnitz, Ideal der Gerichtsordnung, 1r Theil, S. 115.

zu Werke gehen soll; und dieser Plan wird ihn unvermerkt dahin führen, daß er mit Vorliebe und Vorurtheil bald Ideen bei sich feststellt, wie die Wahrheit sich am Ende entwickeln werde, daß er in dieser Ueberzeugung einige Spuren mit Eifer verfolgt, andere als unzweckmäßig fallen läßt, und selbst die Partheien beliebig leitet.

5) Es kann aber nicht verkannt werden, daß diese preußische persönliche Vernehmung der Partheien eine gefährliche Zwangslage für die Vernommenen begründet. Wer selbst als Criminalrichter inquirirt hat, wer die gerichtlichen Protokolle kennt, weiß, wie leicht es ist, wenn nicht Pflichtgefühl den Richter auf sich aufmerksam macht, hinein zu inquiriren, wo nichts heraus zu inquiriren ist; er kennt die schüchterne, peinliche Lage der Vernommenen. Wendet man dieses auf den preußischen Civilprozeß an, so ist nicht zu erwarten, daß mit Unbefangenheit und Ruhe die Parthei ihre Gründe vortrage; in bänglicher Stimmung zu Gericht kommend, wird der Schüchterne[37]) durch die Fragen des Richters nicht selten eher mehr zerstreut und verwirrt, als beruhigt; frage man Advokaten, wie lange es bei ungebildeten Partheien dauert, bis man nur einige brauchbare Materialien zur Instruction erhält, wie viel Geduld dem Anwalte bei solchen Informationseinziehungen nothwendig ist, und dann frage man, wenn man Menschen kennt, ob diese Geduld und Beharrlichkeit, dem mit Geschäften aller Art beladenen Richter in allen Fällen zugetraut werden kann[38])?

---

37) S. darüber Bühl über die Instruktion des Civilprozesses S. 26.

38) S. dagegen Puchta, Beiträge S. 64, 80 — 83.

6) Der Richter in Preußen hat selbst durch die Gesetzgebung eine Stellung gegen die Partheien und eine Rolle erhalten, welche mit den Vorstellungen, die die Gesetzgeber aller Zeiten, und alle Bürger, welche streiten wollen, vom Richter sich machen, im stärksten Widerspruche ist, wie dies schon oft erwiesen worden ist [39]. Richter und Rathgeber sind zwei widersprechende Merkmale, und das Zusammenwerfen derselben in einer Rolle, kann nur zum Nachtheile des richterlichen Charakters gereichen.

IV. Frägt man um die Möglichkeit einer consequenten Durchführung der Grundideen, auf welchen der preußische Prozeß beruht, und zwar 1) der Idee zu verhindern, daß das materielle Unrecht nicht in formelles Recht übergehe, und 2) der Befugniß und Pflicht des Richters durch seine offizielle Thätigkeit, durch seinen Rath an die Partheien sie von der gefürchteten Herrschaft der Advokaten zu befreien, und eine bessere Rechtsverfolgung möglich zu machen, so kömmt man zu neuen Bedenklichkeiten.

1) Mit der ersten dieser Ideen vertragen sich überhaupt nicht strenge Fristen, und Drohungen harter Folgen für die Versäumung [40], weil sonst der Richter doch genöthigt wird, wegen einer Unterlassung der Form das Unrecht als ein formelles Recht auszusprechen; gerade aber der preußische Prozeß hat strenger als der gemeine die Strafe des Ungehorsams in das Eingeständniß gesetzt, und wird dadurch inconsequent. Selbst das Geständniß der Partheien mußte da, wo der Gesetzgeber nur die

---

39) In neuerer Zeit wieder von Reibnitz, 1. Thl. S. 113. Lotz, Abhandlungen S. 7., s. vorzüglich Feuerbach, Betrachtungen über Oeffentlichkeit. S. 388.

40) Gaertner, Kritik S. 35.

materielle Wahrheit herstellen zu lassen bezweckt, eine andere Ansicht erhalten, als nach der Natur des Civilrechts sich rechtfertigt [41]). Nach dem Charakter der Rechte, die im Civilprozesse in Frage stehen, muß der Verzicht der Partheien entscheiden; so gut eine Parthei ihr Geld verschenken kann, ebenso gut kann sie der grundlosen Forderung des Klägers nachgeben und oft in der Absicht um nur schnell von dem Prozesse loszukommen, ein Geständniß ablegen. Kein Richter kann das Recht haben im Civilprozesse zu untersuchen, ob dies Geständniß wahr ist. Sobald man aber von dem Streben nach materieller Wahrheit ausgeht, müßte der Richter überall, wo er Gründe hat, an der Wahrheit eines Geständnisses zu zweifeln, eine Untersuchung darauf richten, ob dies Eingestandene richtig ist. Eine solche Vorschrift kennt aber auch der preußische Prozeß mit Recht nicht.

2) Die Consequenz obiger Ansicht würde verlangen, daß den Partheien das Recht, neue Gründe in jedem Theile des Prozesses vorzutragen nicht geraubt werde; danach läßt sich eine Eventualmaxime, ein durch nothwendiges Beschränken des Vorbringens der Vertheidigung auf Einen Termin gar nicht anwenden; ein Schluß der Akten ist unmöglich, wenn neue wichtige Beweise nachgetragen werden. Wie lange danach die Prozesse dauern würden, wie wenig die Partheien damit zufrieden wären, wie sehr der Prozeß bei dieser Methode jede Grundlage entbehrt, braucht nicht ausgeführt zu werden; der preußische Gesetzgeber hat dies eben so gut gefühlt, auch er beschränkt das Recht nova vorzubringen, aber indem er es thut, muß er inconsequent verfahren,

---

41) Gaertner, Kritik S. 25 rc.

und durch halbe Maßregeln nachhelfen. Nicht einmal die Begünstigung des Vergleichs, wenn der Richter überzeugt ist, daß ein Theil gegen alles Recht zu viel nachgebe, noch die Eideszuschiebung, bei ähnlicher Ueberzeugung des Richters, noch die Rechtskraft des Urtheils lassen sich consequent rechtfertigen.

3) Vergeblich sucht man eine Gränze, wo das Recht des Richters, die höchste materielle Wahrheit zu erforschen, und seine Pflicht, alle Mittel hiezu anzuwenden, aufhörten. In ihrer consequenten Durchführung wäre an kein Ende der Prozesse zu denken, und was das Gesetz zur Beschränkung aufstellt, ist aus anderen Prozeßformen nicht mit Zustimmung der Consequenz geborgt [42].

4) Noch weniger kann auf die Durchführung der zweiten Grundidee gerechnet werden. Wenn schon im gewöhnlichen Leben jemand die Aufgabe erhielte, jeder von zwei Personen, welche sich feindlich gegenüber stehen, zu rathen, wie jede am besten die andere besiegen könne, so würde er bald den Auftrag ablehnen, weil er von der Unmöglichkeit sich überzeugte. Nicht blos daß er das natürliche Vertrauen der beiden täuschte, weil jeder, der einen Rath von einer Person wünscht, voraussetzt, daß diese dem Gegner nicht auch rathe, würde er bei dem Einen oder dem Andern leicht unredlich handeln, weil er nicht die sich widersprechenden Behauptungen beider für wahr halten, also auch nicht beiden gleich gut rathen, sondern nur demjenigen am besten rathen wird, von dessen Recht er überzeugt ist. Der preußische Richter aber soll etwas thun, was im Leben Niemand thun kann, er soll dem Kläger wie dem Beklagten rathen.

---

42) Reibnitz, 1. Thl. S. 114.

5) Behauptet man dagegen [43], daß es nicht zunächst auf einen Rath des Richters, sondern nur darauf ankomme, die Parthei aufmerksam auf ihre ganze Lage zu machen, sie zu warnen, die Hindernisse aus dem Wege zu räumen, welche der Wahrheit entgegen stehen, so hat zwar der Gesetzgeber durch weise Vorschriften den Mißbräuchen entgegenzuwirken gesucht [44]; allein es ist doch immer bedenklich, eine Prozeßform einzuführen, in welcher die Partheien eines von ihnen zu wählenden Rathgebers beraubt und genöthigt würden, den Vortrag ihrer Rechtssachen ihrer eigenen, vielleicht wie sie selbst gut fühlen, ungebildeten Darstellungsgabe, ihrer Schüchternheit und Unbeholfenheit anzuvertrauen, während durch Abordnung eines Anwalts eine natürliche Gleichheit der Kräfte hergestellt würde. Betrachtet man aber die gesetzlichen Bestimmungen [45], nach welchen z. B. dem Kläger der Richter seine eigenen Vermuthungen, worin die Ausflüchte des Beklagten nach der Natur des Geschäfts bestehen könnten, mittheilen soll, so ist dem richterlichen Amte offenbar ein sonst nur dem Anwalt des Klägers zukommendes Merkmal aufgebürdet. Dadurch aber ist a) von dem Instruenten etwas gefordert, was er nicht leicht leisten kann, weil er in die ganze Lage des Beklagten sich hineindenken, gleichsam im Geiste die Vertheidigung desselben entwerfen, und bei Aufnahme der Vertheidigung mit dem Beklagten eben so [46] den Beklagten auf alle Einwendungen des Klägers aufmersam machen, also wieder die Rolle des Klägers

---

43) Puchta, Beiträge S. 64.
44) Gerichtso. Tit IX. §. 11. Thl. III. Tit. III. §. 29.
45) Preuß Gerichts-Ordnung Tit. V. §. 6.
46) Gerichts-Ordnung Tit. IX §. 7.

durchspielen soll; wobei schwer zu glauben ist, daß viele Richter sich finden, welche diese Rollen gleich trefflich durchführen. b) Consequent kann aber jede Parthei verlangen, daß der Richter, wenn er mit ihr die Information einzieht, auf das vollständigste und viel besser es thue als ein Advokat thun könnte; geschieht dies nicht, zeigt die oft eintreffende Erfahrung der Parthei, daß der Gegner in der Folge doch Einwendungen vorbringe, auf welche der Richter ihn nicht aufmerksam gemacht hat, so möchte die Erscheinung schwerlich geeignet seyn, das Vertrauen der Partheien zu diesem Richter zu begründen.

6) Es ist aber auch eine unrichtige Vorstellung, daß der preußische Richter es in der Gewalt habe, alles unnütze Gewäsche nicht mit aufzunehmen und die Erklärungen der Partheien in eine lichtvolle Ordnung zu bringen. Eben diese Sichtung der Partheienvorträge durch den Richter, der erst das Vorbringen zu Protokoll bringt, ist gefährlich, da die Erklärung der Partheien erst durch das Medium des Richters zu den Akten kömmt. Wichtig ist aber das Zeugniß der Erfahrung, auf welches Reibnitz[47] sich beruft, wenn er anführt, daß bei der preußischen Art zu verfahren das Wesentliche mit Unerheblichem über Bord geworfen, daß Eigensinn und Vorurtheil oder wohl gar Bequemlichkeit den Richter vermocht habe, faktische Erklärungen der Partheien nicht mit aufzunehmen, deren Weglassung in der Folge ihren Gerechtsamen nachtheilig wurde. Wahr ist es, daß durch seine persönliche Zusammenkunft mit den Partheien der Richter ein so entschiedenes Uebergewicht seiner Meinung über die ihrigen

47) v. Reibnitz, 1. Thl. S. 116. Dagegen vergl. Puchta, Beiträge S. 74. S. aber Bühl, über die Instruktion S. 50.

erlangen kann, daß weder sie noch ihre Rechtsfreunde es selten wagen, seiner Meinung entgegen, die Niederschreibung einer von ihm für unerheblich gehaltenen Erklärung durchzusetzen 48).

Man würde mit Unrecht verkennen, daß der preußische Gesetzgeber die Bedenklichkeiten gegen das neue Verfahren selbst richtig erwogen, und durch weise Bestimmungen die Nachtheile einer ausgedehnten Richterbefugniß zu entfernen gesucht hat, daher steht der Richter nicht allein und ohne Controle da; auf einer Seite bewacht ihn vielmehr durch eine strenge Trennung der Functionen des Instruenten, Decernenten und Referenten der Staat, auf der anderen hängt es von den Partheien ab, durch Rechtsbeistände den Richter controliren zu lassen (s. oben §. V. No. 7.). Es ist auch richtig, daß man den preußischen Civilprozeß nicht einem Strafverfahren gleichstellen und das Wort Untersuchung als ein in der technischen Bedeutung, welche im Strafprozeß vorkömmt, gebrauchtes ansehen darf 49). Nicht zu läugnen ist auch, daß wenn alle Voraussetzungen des preußischen Gesetzgebers eintreffen, seine Prozeßgesetzgebung trefflicher seyn wird, als irgend eine andere es zu seyn sich rühmen kann. Es ist nicht nöthig, von dem Prinzipe der menschlichen Schwachheit auszugehen 50), um die Bedenklichkeiten gegen die preußische Prozeßform zu bemerken; es bedarf hiezu nur, daß man die Menschen betrachtet, wie sie gewöhnlich sind, und auf der anderen Seite die Voraussetzungen berücksichtigt, auf deren Daseyn der Gesetzgeber rechnete. Nur dann wird die preußische

48) Auch dagegen Puchta S. 50.

49) Puchta, das Prozeßleitungsamt S. 73.

50) Puchta, Beiträge S. 78.

Form die beste seyn [51]), wenn 1) die Richter die Gabe haben, zu jeder Zeit und in jeder Gemüthsstimmung die oft zwecklosen Anträge der Partheien und ihre noch ermüdendere Geschichtserzählungen mit Geduld anzuhören, besonders ihre eigene individuelle Meinung von der Erheblichkeit dieser oder jener Thatsachen den Partheien weder aus Bequemlichkeit, noch aus Eigensinn aufzudringen; 2) wenn die Partheien, die zur Stelle gegenwärtig sind, so viel Verstand und Einsicht haben, um sich dem Richter verständlich zu machen, um keinen Hauptumstand zu vergessen, und sich gegen unerwartete Einwendungen augenblicklich zu schützen; wenn 3) der Richter ein scharfsinniger Kopf, der in die Verwickelungen der Thatsachen einzudringen weiß, und ein ausgezeichneter Rechtsgelehrter ist, dem die Theorie immer gegenwärtig ist, und 4) wenn mit diesen vorzüglichen Eigenschaften auch stets der beste Wille verbunden ist. Wenn 5) der Instruent so unpartheiisch sich halten kann, daß er ohne Rücksicht auf das Interesse, welches eine Parthei mehr als die andere ihm einflößt, für jede Parthei mit gleicher Umsicht, und mit gleicher Unbefangenheit thätig ist.

Mögen diejenigen, welche die Menschen kennen, urtheilen, ob die bemerkten Voraussetzungen [52]) in der Regel eintreten, ob daher nicht die neue Form bedenklich wird, weil sie auf selten eintretende Verhältnisse berechnet worden ist [53]). Am we-

---

51) Griesinger, über Justizorganisationen S. 41.

52) S. auch vorzüglich Feuerbach, über Oeffentlichkeit S 341 bis 383.

53) Wenn Grävell in der Prüfung der Gutachten der Immediatcommission 1. Thl. S. 218 von der allgemeinen Ueberzeugung spricht, mit welcher im preußischen Sachsen die preußische Gerichtsordnung jetzt als ein höchst

nigsten kann die Einführung des preußischen Prozesses da empfohlen werden, wo noch Einzelnrichter bestehen und der Richter die Justiz, Polizei und Administration in einer Person ausübt, dadurch ohnehin eine höchst gefährliche Stellung hat, während ihm die Lage entzogen ist, in welcher ein preußischer Instruent sich befinden muß [54]). Wenn man auch zugeben muß, daß die Verhandlungsmaxime wichtige Einwendungen gegen sich hat, so ist sie doch mehr auf die gewöhnlichen menschlichen Verhältnisse berechnet, und hat noch den Vorzug, daß die Partheien, wenn das Materielle auch nicht immer siegt, sich dabei nur über sich selbst und über die Wahl der Advokaten beklagen dürfen, während bei der Untersuchungsform die Parthei, welcher Unrecht zugefügt wurde, sich gegen den Staat selbst beschweren kann, der einen in jeder Hinsicht ausgezeichneten Richter in der Art ihr versprach, daß sie des sonst zu wählenden Rathgebers nicht bedürfen sollte.

Vorzüglich lehrreich, wenn auch nicht immer positiv, ist die Art, mit welcher neuere Gesetzgebungen, deren sonstige Grundlage die Verhandlungsmaxime ist, die preußische Untersuchungsmaxime in das bisherige System überzutragen suchten, z. B. das baierische Gesetz vom 22. Juli 1819 [55]), so wie

---

wohlthätiges Geschenk anerkannt werde, so möge man dagegen vergleichen, was ein sehr geachteter Jurist aus dem preuß. Sachsen in der Schrift: Ueber die Nothwendigkeit und Einrichtung einer collegialischen Rechtspflege (Leipzig 1819) S. 138 sagt.

54) S. zwar dagegen Puchta, das Prozeßleitungsamt S. 83.

55) Der §. 3 des Gesetzes bestimmt: „Wenn Personen, welche der Rechte nicht kundig sind, ohne Rechtsbeistand ihre Sache verhandeln, so soll der Richter sich bestreben, daß das Faktum des Streits und dasjenige, was jeder Theil von dem anderen verlangt, vollständig und genau aufge-

die Modifikationen Beachtung verdienen, mit welchen andere Gesetzgebungen den preußischen Prozeß angenommen haben, z. B. die würtembergische. In Ansehung des baierischen Gesetzes ist es interessant, von den durch ihre Stellung, Erfahrung und Kenntnisse zum Urtheile wohl berechtigten Geschäftsmännern Baierns, dem Grafen von Arco [56]) und von Puchta [57]), Zeugnisse über die durch Erfahrung beurkundeten Gebrechen des neuen Gesetzes zu erhalten; insbesondere zeigt Puchta, daß das neue Gesetz nur dann hätte wohlthätig wirken können, wenn ein im preußischen Verfahren geübter Instruent davon die Anwendung machte und wenn die übrigen gesetzlichen Bestimmungen nicht mit der neuen Verfahrungsweise in Widerspruch kämen. Die Erfahrung in Baiern hat auch gelehrt, daß diese Verfügung des Gesetzes von 1819 größtentheils auf dem Papiere stehen blieb und die Partheien durch Rezesse, die sie sich verfertigen ließen und zu den Akten gaben, sich halfen; während in anderen Orten, wo die Richter den preußischen Richter nachahmen wollten, die Verhandlung oft noch ungenügender wurde, zu sehr das Gepräge der Ansicht des Richters an sich trug. In Bezug auf Würtemberg hat vorzüglich Griesinger [58]) gezeigt, wie wenig das neue

---

nommen, der Streitpunkt richtig gestellt und dasjenige gebührend aufgeklärt werde, was zur Entscheidung des Streits erfordert wird."

56) Von den Ursachen der außerordentlichen Zunahme der Berufungen zur dritten Instanz S. 11.

57) Puchta, Beiträge zur Gesetzgebung und Praxis des bürgerlichen Rechtsverfahrens. 1. Bd. S. 9.

58) Griesinger, über die Justizorganisationen der neueren Zeit, über Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime und über die Vorzüge der k. preußischen vor der neuesten k. würtembergischen Justizeinrichtung, Tübingen 1820, vorzüglich von S. 53 an.

Gesetz das preußische verbessert habe, indem in Preußen der Nachtheil der großen Gewalt des Instruenten durch die Einwirkung der Justizkommissarien und durch die überall eingreifende Controle, welche der Decernent und der Referent über den Instruenten ausüben, zu vermeiden gesucht wird, während in Würtemberg die Partheien in die Hände des ohne wahre Controle handelnden und mächtigen Oberamtsrichters übergeben seyen [59]. Die hannöverische Prozeßordnung fordert von dem Unterrichter den wahren Streitpunkt in Gewißheit zu setzen und gestattet den Richtern Fragen an die Partheien zu stellen [60], und nach dem oldenburgischen Prozeßreglement von 1824 [61] wird von dem Anwalte eine Informationseinziehung gefordert; der Richter soll, vorzüglich bei Prüfung der Klage, es nicht blos den Anwälten überlassen, sondern selbst mitwirken, den wahren Streitpunkt auszumitteln, und nachdem die Klage und Einredeschrift eingebracht sind, soll ein Instruktionstermin angesetzt werden, in welchem der Richter durch Fragen an die Partheien den Streitpunkt festsetzen soll.

Betrachtet man noch den französischen Prozeß, so kann gar kein Zweifel seyn, daß er auf der Verhandlungsmaxime, wenn man den deutschen Ausdruck anwenden will, beruht, und es ist Irrthum, wenn ein preußischer Schriftsteller behauptet [62], daß auch der französische Prozeß wie der preußische inquisitorisch sey. a) Schon daraus, daß nach der

---

59) Vorschläge in Scheuerlen, über die Abfassung der Gesetzbücher S. 59.

60) Prozeßo. von 1827 §. 23. 57.

61) §. 3. 7. 11.

62) Goßler Miszellen 1. Heft, S. 16.

französischen Ansicht das Gericht blos zu entscheiden hat, daß gar keine Prozeßinstruktion im deutschen Sinne vorkömmt, erklärt sich, daß der franz. Prozeß nicht inquisitorisch seyn kann.. b) Hört man, wie alle angesehenen französischen Schriftsteller 63) immer die Sätze: vigilantibus jura sunt scripta, ultra petita non judicandum etc. als entscheidend anführen, erfährt man c) daß es durchaus einer der ersten Grundsätze des französischen Verfahrens ist, daß immer nur auf Betreiben der thätigsten Parthei (de la partie la plus diligente) 64) eine Verhandlung bei Gericht vorgenommen wird, und daß gar keine offizielle Thätigkeit des Gerichts vorkömmt, so kann man wohl nicht im Zweifel über die Maxime des französischen Prozesses seyn. d) Damit hängt auch die Ansicht von den conclusions zusammen 65), in welchen der französische Prozeß streng die von den Partheien ausgesprochene, sie für den ganzen Prozeß ebenso als die Richter bindende Grundlage des Streites erkennt, über welche der Richter entscheiden soll. e) Vorzüglich entfernen jeden Zweifel die Grundsätze über das richterliche Ergänzungsrecht 66). Deutlich sprechen die Gesetze 67) in Ansehung der Einrede der Verjährung den Willen aus, daß sie nicht ergänzt werden soll, und Praxis und jurisprudence tragen kein Bedenken nach der Grundmaxime des Prozesses dem Richter jedes Ergänzungsrecht zu

---

63) Merlin, répertoire mot. subrogation Sect. 2. §. 8. Pigeau, procéd. civile I. Tom. p. 476. Berriat St. Prix, p. 129.

64) S. Code de procédure Art. 47. 97. 199. 204. 297. 299. 307. 719. 761. 765. 775.

65) Berriat St. Prix, p. 219.

66) Pigeau, proc. civ. Tom. I. p. 475. Berriat St. Prix, Tom. I. p. 207.

67) Code Napoléon Art. 2223. Rauter, Cours p. 74.

verbieten [68]), so wie überhaupt der Richter angewiesen wird, nur über die ihm vorgelegten Thatsachen zu entscheiden [69]). Daß deswegen das französische Gericht in seinem Aufklärungsrechte vorgetragener Thatsachen nicht beschränkt ist, wird sich unten ergeben (§. 17.).

Die Richtigkeit des Satzes, daß der französische Prozeß nur auf der Verhandlungsmaxime beruhe, ergiebt sich auch daraus, daß der Code es selbst als einen Grund der requête civile betrachtet, wenn das Tribunal ultra petita partium erkannt hat [70]), und daß das Gericht nicht einmal von Amtswegen auf die in der Audienz von einer Parthei der anderen gemachten Geständnisse Rücksicht nehmen darf, wenn nicht die Parthei Akte über das Geständniß verlangt hat [71]). Mit Unrecht findet Terlinden [72]) die Beweise, daß der französische Prozeß auch auf der Untersuchungsmaxime beruhe, in einigen Gesetzen [73]), indem sich diese Stellen entweder nur auf das richterliche Frage- und Aufhellungsrecht, das in der Verhandlungsmaxime eben so vorkömmt, beziehen, oder auf das Recht des Richters, Beweis zu verlangen, Augenschein anzuordnen, oder sich aus Disciplinarverhältnissen erklären. Wohl gegründet ist übrigens die Bemerkung von Holzschuher [74]), daß die Verhandlungsmaxime in den französischen Prozessen mit einer Biegsamkeit vorkommt, deren nur das

68) Scheinbare Ausnahmen in Berriat St. Prix l. c. I. p. 207. not. 21.

69) Pigeau l. c. pag. 475.

70) Code de proc. art. 480. No. 3. 4.

71) Toullier, droit civil françois tom. IX. pag. 182.

72) Terlinden, Theorie und Praktik des gerichtlichen Verfahrens in Civilsachen 1. Thl. S. 4.

73) Art. 41—43. 273. 311. 313. 322. 380. 389. 478.

74) Der Rechtsweg S. 235.

mündliche Verfahren fähig ist, da darin die Richter zu jeder Zeit da, wo sie urtheilen sollen, im Stande sind, alle zur Aufklärung dienlichen Mittel anzuwenden, ohne die Dispositionsrechte der Partheien zu kränken.

Wir schließen unsere Bemerkungen, indem wir das Geständniß des lebhaftesten und geistreichsten Vertheidigers des Untersuchungsprinzips, Puchta[75]), annehmen, wenn er sagt: daß ein unter Assistenz von Advokaten geführter Rechtsstreit, vorausgesetzt, daß sie geschickte und berufsthätige, redliche Männer sind, dem Zwecke einer gründlichen Justiz besser entspricht. Daß durch das neue Gesetz von 1833 in Preußen selbst das Untersuchungsprinzip eine bedeutende Veränderung erfahren hat, ergiebt sich leicht, wenn man erwägt, daß die bisherige Instruktionsmethode nicht zu dem neu eingeführten Verfahren in Audienzen paßt[76]).

---

§. IX.

Oeffentlichkeit des Verfahrens.

Für den Gesetzgeber kann nur der Grundsatz entscheiden, daß jene Form des Verfahrens die zweckmäßigste ist, durch welche der Vortheil erreicht wird, daß die Richter auf die schnellste, sicherste und vollständigste Weise alle Materialien des Streits kennen lernen, über welchen sie zu entscheiden haben.

---

75) In der Schrift: das Prozeßleitungsamt S. 84.

76) Wenzel, der preußische Prozeß II. Bd. S. 133.

Sobald nachgewiesen werden kann, daß die Oeffentlichkeit [1]) des Verfahrens ein Hauptmittel ist, durch welches der oben bezeichnete Vortheil erreicht werden kann, ist auch die Nothwendigkeit der Einführung der Oeffentlichkeit dargethan. Es ist nicht nöthig, daß man in überspannten Vorstellungen die Publizität als eine Universalmedizin betrachte, welche alle Uebel heilen würde; auch in dem öffentlichen Verfahren wird es an gleichgültigen Richtern und nachlässigen Advokaten nicht fehlen; aber die Publizität, wenn sie gehörig in ein den Forderungen unserer Zeit entsprechendes Prozeßsystem eingepaßt wird, wird wenigstens die Uebel und Mißbräuche, welche unter dem Mantel des geheimen Verfahrens leichter entstehen, vermindern, sie wird nicht wie durch einen Zauberschlag, alle schlechten Richter und Advokaten in ausgezeichnete verwandeln; sie wird aber, weil jeder nicht ganz Verdorbene die Geißel der Oeffentlichkeit scheut, Verfolgungssucht und Bosheit, die nicht Muth haben werden öffentlich hervorzutreten, zügeln, sie wird manchen Schwachen stärken, den Geist der Geschäftsverwaltung im Allgemeinen beleben und damit dem geistlosen Mechanismus, der so gerne, wie der Rost an das Eisen, an das unbeobachtete Geheimniß sich ansetzt, entgegenwirken, und durch das Vertrauen des Volks zur Rechtspflege wohlthätig wirken. Zu beklagen ist nur, wenn man

---

1) Von den neuesten Schriften s. vorz. v. Feuerbach, Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege. Gießen 1821.

Puchta, Beiträge zur Gesetzgebung und Praxis des bürgerlichen Rechtsverfahrens No. III. Vorzüglich Bentham, rationale of judicial evidence. London 1827. vol. I. p. 511 bis 606. Mein Aufsatz im Archiv für civilist. Praxis XI. Bd. S. 156. Holzschuher, d. Rechtsweg S. 34. Scheuerlen, über Abfassung der Gesetzbücher S. 26.

neueren Verhandlungen folgt, daß noch so häufig die Freunde der Oeffentlichkeit selbst einander nicht verstehen, und indem Jeder eine andere Einrichtung im Sinne hat, leicht Verwirrung erzeugen. Noch trauriger aber ist es, wenn man die Publizität als eine jeder möglichen Prozeßform beliebig anzupassende Eigenschaft betrachtet und den Zusammenhang mit den wichtigsten Grundeinrichtungen verkennt. Eine solche Publizität, die nur irgend einem alten Gebäude aufgeklebt würde, müßte, weil sie selbst die durch die Zeit ineinandergefügten Theile des Alten aus ihrem Zusammenhange risse, leicht mehr Nachtheile haben, als wenn das Alte fortdauerte.

Soll Publizität nicht ein hohles Wort bleiben, sondern wohlthätig wirken, so muß sie 1) unter Verhältnissen eintreten, unter welchen sie auch ihren Zweck erreicht und nicht blos in Formalität ausartet. In dieser Rücksicht hängt sie von der Gerichtsverfassung ab. Nur da, wo nicht Einzelnrichter ihre Meinung aussprechen, wo collegialisch organisirte Gerichte in Sitzungen verhandeln, wo kein mit Geschäften der Polizei und Administration überladener Richter die Justiz als eine Nebensache betrachten muß [2]), findet Oeffentlichkeit eine würdige Grundlage.

2) Publizität muß aber auch nur in jenen Theilen des Prozesses angewendet werden, in welchen sie auch wirken kann, und nicht selbst durch ungeeignete Anwendung größere Nachtheile erzeuget. In dieser Rücksicht verdient die Frage: ob auch bei der Berathung des Collegiums Oeffentlichkeit Statt finden soll, eine vorzügliche Erwägung. Man hat die

---

2) Feuerbach, Betrachtungen über Oeffentlichkeit S. 364. Meine Schrift: der gemeine deutsche Prozeß II. Heft S. 1 — 54.

Ausdehnung der Oeffentlichkeit auf die Berathung für bedenklich gehalten [3]), weil nur durch eine ruhige, durch keine Beobachtung dritter Personen gestörte, Abwägung aller Gründe für und wider im stillen Berathungszimmer ein gründlicher Beschluß gewonnen werden kann, weil zu besorgen wäre, daß mancher Richter nicht so unbefangen seine Ueberzeugung aussprechen würde, wenn er dies öffentlich thun müßte, und weil man fürchtet, daß das Vertrauen zur Justiz leiden würde, wenn das Publikum oft die Heftigkeit der Berathungen, oder die Unbeholfenheit mancher sonst guter Richter bei dem Abstimmen, oder die kleine Majorität, auf welche der Beschluß gebaut ist, oder die Art kennen lernt, auf welche nicht selten durch die Derbheit eines Mitgliedes, das den Uebrigen zu imponiren versteht, und sie einschüchtert, ein Urtheil zu Stande kömmt. Allein alle diese Gründe scheinen nicht so gewichtig zu seyn, und die Erfahrung von England und Nordamerika [4]), wo die Abstimmung öffentlich Statt findet und kein Nachtheil bemerkt wird, dürfte für die Ausdehnung der Oeffentlichkeit sprechen. Sie wird auch in der Anwendung auf die Berathung sich als vortheilhaft bewähren, da sie eine durch die Beobachtung des Publikums begründete Controle der Richter gewährt, von denen manche mit größerer Sorgfalt und Gewissenhaftigkeit abstimmen werden, als sie es sonst vielleicht gethan hätten, weil sie sich scheuen werden, als leichtsinnige, schwache, ungeschickte Richter sich den Blicken der Beobachter darzustellen. Die Rücksicht auf ärgerliche Scenen, welche durch das

---

3) Feuerbach a. a. O. S. 129.

4) In den Sammlungen der englischen und nordamerikan. reports finden sich die trefflichsten Abstimmungen.

Geheimniß dem Publikum in honorem justitiae verdeckt werden, verdient keine Würdigung des Gesetzgebers; denn finden solche Scenen Statt, so ist es gut, wenn sie bekannt werden, damit sie künftig nicht mehr vorkommen. Es ist gut, wenn manche Skandale der Collegialberathung durch die Furcht zurückgehalten werden, daß sonst die richtende öffentliche Stimme ein strenges Urtheil darüber fällen werde [5].

3) Die Oeffentlichkeit muß nur in jenen Theilen des Verfahrens und im Zusammenhange mit solchen Prozeßformen angewendet werden, welche auch eine Theilnahme fremder Personen in der Art zulassen, daß die Zuhörer und Zuschauer auch etwas Einflußreiches sehen und hören können, und nicht blos müßige Zuschauer gleichgültiger Handlungen seyen; aus dieser Rücksicht hängt Oeffentlichkeit mit dem schriftlichen oder mündlichen Verfahren zusammen [6]. — Da, wo blos in Partheischriften verhandelt, und ohne persönliche Erscheinung der Partheien oder ihrer Vertreter bei Gericht nur eine Schrift eingereicht wird, würde die Publizität ohne Bedeutung seyn, weil das Einreichen nur eine gleichgültige Handlung ist, bei welcher Niemand gegenwärtig zu seyn Lust haben wird. Wollte man auch die Einrichtung treffen, daß die eingereichte Schrift öffentlich bei Gericht abgelesen würde, so würde theils eine solche Verhandlung sehr zeitraubend, theils sehr langweilig seyn, daß gewiß bald die Gerichtssäle leer würden. Eben so verträgt der preußische Prozeß eine ununterbrochene Oeffentlichkeit nicht leicht, da vielmehr darin alles auf eine sorgfältige Vernehmung jeder Parthei

---

5) Auch Puchta, Beiträge zur Gesetzgebung S. 19, fordert die öffentliche Abstimmung.

6) Sehr gut Bellot, exposé des motifs p. 63.

in der Regel in Abwesenheit des Gegners berechnet ist, und ein großer Theil der Zeit durch das Protokolliren verloren geht, was in eine öffentliche Verhandlung nicht gehört. Soll aber Oeffentlichkeit doch auf die gemeinrechtliche oder die preußische Prozeßform angewendet werden, so könnte dies nur durch Publizität einer einzelnen Verhandlung geschehen, und zwar wenn das Verfahren schon beendigt ist, bei Einrichtung einer zur Sicherheit der Partheien gestatteten Schlußverhandlung, bei welcher (§. 18.) entweder ein mündlicher Vortrag die Rechtsgründe gestattet, oder die Gegenwart der Partheien und Anwälte nur auf das Anhören der Relation und das Recht Erinnerungen darüber zu machen, beschränkt würde. In solchem Sinne ist auch die Oeffentlichkeit in neuerer Zeit oft vorgeschlagen worden 7), und wenn alle Umgebungen und Voraussetzungen da sind, muß auch der Vorschlag nach dem unten darüber zu bemerkenden gebilligt werden.

4) Vorzüglich muß Publizität so angewendet werden, daß dadurch die Forderung der Wechselseitigkeit der Partheien unter sich, und der Partheien zum Gerichte am besten erfüllt ist. Wenn nicht zu läugnen ist, daß durch den Mechanismus des geheimen Verfahrens die Partheien selbst von dem Richter isolirt und so außer Stand gesetzt werden, auf einer Seite ihre Behauptungen und Gründe selbst dem Gerichte vorzutragen, auf der andern sich zu überzeugen, daß genau so, wie die Parthei ihre Sache vortrug, dies dem entscheidenden Gerichte vorgelegt, und das Faktum richtig vom Gerichte aufgefaßt worden sey, wenn durch geheimes Verfahren dem

---

7) S. die Schriften von Bessel, Puttlitz u. A. Archiv für civilist. Praxis. II. Bd. S. 172.

Gerichte die Mittel zur Ueberzeugung geraubt, und die Partheien von der Einwirkung auf wichtige Gerichtshandlungen ausgeschlossen und selbst von einander entfernt werden, daher gar nicht in die Lage kommen, sich mit einander zu verständigen, so muß die Oeffentlichkeit diesen Nachtheilen vorbeugen, und unbestreitbar kann sie es auch in einer gehörigen Anwendung.

Mit Unrecht würde man, wenn von Einführung der Publizität die Rede ist, unbedingt, die französischen Bestimmungen darüber zum Muster nehmen. Der Code [8]) verlangt zwar die Publizität der Plaidoirien, also jener Gerichtshandlungen, welche in der Sitzung vorgehen; da aber nach französischen Prozessen gerade sehr wichtige prozessualische Handlungen, z. B. die Vernehmung der Partheien über Artikel [9]) und die Zeugenvernehmung [10]) nicht in Audienzen vorkommen so gilt auch bei diesen die Oeffentlichkeit nicht.

Das Gesetz nimmt aber auch die Fälle aus, wo selbst die gewöhnlichen Audienzen nicht öffentlich sind; das Gesetz selbst bezeichnet einige [11]) Ausnahmsfälle und das Gericht kann, wenn Aergerniß oder bedeutende Störungen von der Oeffentlichkeit befürchtet werden könnten, die geheime Verhandlung anordnen; nur muß das Tribunal darüber vorerst Berathung pflegen und dem Generalprokurator bei dem Appellationshofe darüber Rechenschaft ablegen. Nach der Jurisprudenz wird die Publizität nicht verletzt, wenn

---

8) Art. 87.

9) Code art. 332.

10) Code 262 — 274. Archiv für civilist. Praxis V. Bd. S. 89.

11) Code civil art. 241. 288, 293. 355.
Berriat St. Prix, p. 219.

nur Eintrittsbillets ausgetheilt worden sind[12]. In einigen Fällen findet auch keine öffentliche Publikation des Urtheils Statt[13].

In dem Prozeßcodex von Geneve findet sich eine merkwürdige Beschränkung der Oeffentlichkeit[14]. In allen Fällen des Streits zwischen Ehegatten, Ascendenten und Descendenten, und zwischen Gesellschaftern kann das Gericht geheimes Verfahren anordnen; allein jede Parthei hat das Recht, drei Verwandte oder Freunde außer dem Advokaten in die Sitzung mitzubringen. Ueberhaupt bemerkt man, daß man in manchen neuen Gesetzesentwürfen, in welchen Oeffentlichkeit eingeführt werden sollte, vielfache Ausnahmen und Beschränkungen zuläßt. Nach dem baierischen Entwurfe der Prozeßordnung von 1827 sind insbesondere Frauenzimmer von der Theilnahme an Sitzungen, wie wir glauben[15], ausgeschlossen.

Nicht unbemerkt kann es noch bleiben, daß viele, welche die Oeffentlichkeit rühmten, mehr den Criminalprozeß vor Augen hatten, und das, was in den Criminalverhandlungen nothwendig schien, auf den Civilprozeß übertragen wollten, ohne zu erwägen, daß die Gründe nicht gleich sind. Während die Publizität dem Angeklagten bei allen Staatsverbrechen und allen ungerechten Verfolgungen eine Schutzwehr gegen die Werke der Finsterniß und die Einflüsse seiner Verfolger gewährt, während das Publikum selbst das höchste Interesse an jeder Anklage eines Verbrechers nimmt, und selbst Rechenschaft von den

---

12) Arrêt v. 6. Febr. 1812. In Sirey, recueil 1812 p 108.

13) Carré traité et questions I. p. 170.

14) Bellot, exposé des motifs p. 62.

15) S. dagegen meinen Aufsatz im Archiv für civilist. Praxis XI. Bd. S. 158.

Personen fordert, die so nahe verbunden Ankläger und Richter in Einem Falle sind, während für die Richter die Totalanschauung des Falles höchst wichtig, und durch eine ununterbrochene lebendige Reihe aller Verhandlungen geliefert werden kann, treten im bürgerlichen Prozesse diese Gründe nicht mit gleicher Stärke hervor. Hier ist es zunächst das Interesse der streitenden Partheien, welches in Frage steht. Es kömmt auf die Verfolgung von Rechten an, welche dritten Personen gar nichts angehen, z. B. ob A dem B eine Geldsumme schuldig ist; es können selbst im bürgerlichen Prozesse Fälle vorkommen, in welchen das Interesse der Partheien dringend fordert, daß nicht dritte unberufene Personen an dem Streite als Zuhörer Theil nehmen und dadurch Verhältnisse erfahren, deren Kenntniß von ihnen leicht mißbraucht werden könnte, z. B. oft in Gesellschaftsstreitigkeiten, wo Geheimnisse eines Gewerbes vorkommen. Daraus erklärt es sich, warum die Gesetzgebung bei der Anordnung der Oeffentlichkeit im Civilprozesse zu manchen Beschränkungen kommen kann, welche durch die Rücksicht auf das Interesse der Partheien oder selbst durch öffentliches Interesse geboten werden. In Bezug auf die Oeffentlichkeit überhaupt, bei welcher die innere Publizität des Prozesses von einer blos förmlichen äußeren (eigentlich in Eröffnung der Gerichtsthüren und in Zulassung des Publikums bestehenden) getrennt gedacht werden kann, muß man unterscheiden: Oeffentlichkeit 1) in Beziehung der Partheien, 2) auf das entscheidende Gericht, 3) auf das Publikum.

Die erste besteht in der Einrichtung des Prozesses, nach welcher kein Schritt des Prozesses, keine Verhandlung Geheimniß für eine der Partheien ist, wo der Prozeß vielmehr ununterbrochen unter den

bewachenden Augen der Partheien oder ihrer Anwälte verhandelt wird [16].

Diese Publizität darf in keinem Prozesse fehlen, und fordert a) daß der Richter in allen Verhandlungen nie mit einer Parthei allein in Abwesenheit der anderen in persönliche Berührung trete, b) daß jede Schrift, jeder Antrag einer Parthei auch der anderen sogleich mitgetheilt werde, c) daß zu jeder Zeit die Einsicht der Akten den Partheien gestattet werde, d) daß jede bei Vernehmungen der Zeugen gegenwärtig seyn könne, e) daß der aufgestellte Referent kein Geheimniß bleibe, daß selbst der Vortrag über die Akten an das Gericht in Gegenwart der Partheien geschehe. — In Ansehung der ersten Forderung sichert das schriftliche Verfahren die Partheien, während der preußische und jeder ihm nachgebildete Prozeß der Forderung widerstreitet. Wenn man zwar den Vorwurf [17]) durch die Behauptung abwenden will, daß das Recht der anderen Parthei durch die Abwesenheit vom Verhöre des Gegners eben so wenig verletzt würde, als wenn eine Parthei ohne Theilnahme ihres Gegners eine Prozeßschrift verfassen läßt, so überzeugt man sich leicht von dem Unpassenden des Gleichnisses; bei der Abfassung der Prozeßschrift, die eine einseitige Erklärung enthält, ist nur der Rathgeber der Parthei gegenwärtig, und die Unpartheilichkeit des Richters leidet durchaus nicht; bei dem geheimen Verhöre des Gegners durch den Richter kann der anderen Parthei aber die Besorgniß nicht ohne Grund aufsteigen, daß der Richter ihr mehr, als er es sollte, rathe, daß er durch psychologische Gründe mehr von dem Gegner gewonnen

---

16) S. auch Motive zu dem würtemb. Edikte S. 20.

17) S. würtemb. Motive S. 20.

werde, — alles schon oben §. 8. Angeführte gehört auch hieher.

Nicht billigen wird wohl mancher Geschäftsmann die Forderung ad e) wegen des Referenten und der Relation. Es paßt aber vollkommen, was der Verfasser des Vorberichts zum bernischen Prozeßentwurfe [18]) sagt: in Civilprozessen werden keine Staatsgeheimnisse verhandelt, und wer sich scheut, sein Urtheil über einen solchen mit republikanischer Offenheit auszusprechen, scheut sich Richter zu seyn; Hoffnung und Furcht werden auf einen für diese Gefühle empfänglichen Mann hinter Schloß und Riegel so gut einwirken, wie auf der offenen Heerstraße. Es kann nicht genug geschehen, um das Vertrauen der Partheien und ihre Sicherheit zu begründen, daß ihre Erklärungen auch rein zur Kenntniß des versammelten Gerichts kommen [19]).

Wie allmächtig Referenten in Collegien sind, kennt jeder, dem der Collegialgeschäftsgang nicht fremd ist. Die Surrogate aber [20]), welche man vorgeschlagen hat — bleiben Surrogate, die den Wunsch nach dem, was entbehrt werden soll, nicht unterdrücken. Die Controle durch den ersten Votanten ist theils sehr schwierig, wenn der Referent nach der Separationsmethode vorträgt, bleibt auf jeden Fall sehr unzuverlässig, da der Votant nicht so vollständig dem Vortrage bei dem flüchtigen Durchblättern folgen

---

18) S. 7 f. noch Feuerbach, über Oeffentlichk. S. 111.

19) In Frankreich wird in den Fällen, in welchen ein Referent aufgestellt wird, die Relation immer in Gegenwart der Partheien vorgetragen. (Rauter, Cours de procédure civile p. 251.) In Oldenburg wird im Strafprozesse die Relation und zwar derjenige Theil, welcher die Thatsachen enthält, vorgetragen. (Oldenburg. Criminalgesetzbuch art. 831.)

20) V. Gönner, Commentar über das baier. Gesetz S. 399.

kann; auch giebt nicht immer der Umstand, daß der Aelteste, als erster Votant, controlire den Partheien die Bürgschaft, daß er der Gewandteste und Trefflichste sey. Die Bestellung von Koreferenten aber raubt, wie die Erfahrung lehrt, den Collegien viel Zeit, artet in gleichgültiges Beistimmen, oder in zänkisches Grübeln über Worte aus, und sichert die Partheien nicht, weil auch der Koreferent ein Collegialmitglied ist. Was über die Surrogirung der Oeffentlichkeit durch Entscheidungsgründe im Criminalprozesse bemerkt worden ist[21], ist auch hier anwendbar. Ueberhaupt verdient jene Einrichtung, welche die Partheien am besten sichert, daß die urtheilenden Richter recht vollständig vorbereitet werden und alle Materialien kennen lernen, die zur Urtheilsfällung nothwendig sind, den Vorzug[22].

Soll Oeffentlichkeit zweckmäßig wirken, so ist gar nicht einmal die bloße Gegenwart der Partheien bei dem Schlußvortrage genügend, weil keine wahre Gewährschaft der Partheien geleistet wird, daß jeder Richter das von ihm unter das Gesetz zu subsumirende Faktum richtig aufgefaßt habe; und es gehört hieher auch die oben berührte Frage: ob nicht auch die Abstimmung öffentlich geschehen soll.

Für das entscheidende Gericht liefert die Oeffentlichkeit die wichtigsten Vortheile; nur dadurch erlangt

---

21) S. meine Schrift: Die öffentliche mündliche Strafrechtspflege, S. 64.

22) Hieher gehört auch die im neuen päpstlichen Prozeßgesetzbuche (s. Archiv für civilist Praxis XIX. Bd. S. 445.) vorkommende Einrichtung, nach welcher das Gericht nach beendigter Discussion und Berathschlagung eine Art Urtheilsentwurf macht (opinamento), welcher den Advokaten mitgetheilt wird, um ihre Erinnerung zu machen, worauf erst nach Berücksichtigung dieser Erinnerung das Urtheil gefällt wird.

1) das Gericht die Gewißheit, daß das Vorgetragene auch wirklich von den Partheien oder ihren Vertretern vorgebracht worden sey. Nie kann das Institut der Relationen eine sichere Bürgschaft gewähren, daß Alles, was die Partheien vortrugen und im gehörigen Zusammenhange, wie die Partheien oder ihre Vertreter es wünschten, zur Kenntniß der urtheilenden Richter gelangen werde, denn auch bei dem besten Willen wird der Referent nur nach der Art, wie er die Sache auffaßt, den Inhalt der Akten darstellen, er wird Manches, was ihm nicht eclatant scheint, weglassen, er wird oft die vorgetragenen Thatsachen aus ihrem Zusammenhange reißen und nach den ihm passenden Gesichtspunkten vortragen. Ist der Referent leidenschaftlich und einseitig, seine eigene Weisheit überschätzend, so daß er an die Möglichkeit des Siegs einer andern Ansicht, als die er aufstellt, gar nicht glaubt, oder hat er ein besonderes Interesse, daß nur seine Ansicht im Collegium siege, so ist die Gefahr noch größer. 2) Eine wahre Würdigung der vorgebrachten Beweise, z. B. der Zeugenaussagen, ist nur dann möglich, wenn vor dem Gerichte alle Zeugen ausgesagt haben [23]). Das Gericht, wenn die Verhandlungen vor den versammelten Richtern vorgetragen werden, erhält die Möglichkeit, in jedem Momente dunkle oder lückenhafte Vorträge oder Aussagen aufklären zu lassen, und durch aufklärende Fragen jeden Zweifel zu heben.

Für das Publikum ist zwar die Publizität im Civilprozesse weniger nothwendig [24]). Einen Grund dagegen kann der Umstand nicht liefern, daß häufig in unwichtigen Fällen die Gerichtssäle leer seyn werden;

---

23) Meinen Aufsatz im Archiv für civilist. Praxis V. Bd. S. 196

24) S. Feuerbach, S. 148. Puchta, Beiträge S. 155.

ihrer Natur nach wirkt Publizität dann schon, wenn die Richter auch nur fürchten müssen, daß in jedem Augenblicke Jemand an der Sitzung Theil zu nehmen berechtigt sey.

Auch im Civilprozesse hat die Oeffentlichkeit in der Art, daß das Publikum an den Audienzen Theil nehmen kann, entschiedene Vortheile. Schon die ganze Gerichtsverfassung erhält dadurch einen würdigeren und anständigeren Charakter, da die Richter sich scheuen werden, Neigungen, z. B. in Büchern oder Zeitungen während der Sitzung zu lesen, sich hinzugeben, weil sie die Stimme des öffentlichen Tadels der Beobachter fürchten müssen. Die Advokaten finden in der Gegenwart des Publikums einen Sporn, auf eine allgemein interessante Weise vorzutragen und das allgemeine Vertrauen zu gewinnen. Das Recht des Publikums an den Audienzen Theil zu nehmen, macht den Rechtsuchenden es möglich, selbst besser die Advokaten, denen sie ihr Vertrauen schenken sollen, kennen zu lernen und eröffnet zugleich die Möglichkeit mit dem Gange der Gerichtsverhandlungen und der Anwendung der Gesetze sich zu befreunden. Unfehlbar bewirkt auch der Umstand, daß das Publikum Theil nehmen darf, in mancher Hinsicht eine Verminderung der Prozesse in so fern, als Mancher, der sonst seinen Gegner durch Chikane herumgezogen und seine Verbindlichkeit geläugnet hätte, sich vor der öffentlichen Stimme scheut, und lieber die gerechte Forderung des Gegners befriedigt, als vor dem Publikum in der öffentlichen Audienz als ein Mann zu erscheinen, der sich seinen Verbindlichkeiten entzieht. Alles kömmt hier nur darauf an, daß der Gesetzgeber, wenn er Oeffentlichkeit einführt, auch das Interesse der Partheien und das öffentliche Interesse, welches bei manchen Prozessen keine

öffentliche Verhandlung als wünschenswerth darstellt, berücksichtige und aus dem ersten Grunde die Oeffentlichkeit da ausschließe, wo beide Partheien auf die nicht öffentliche Verhandlung antragen 25). Aus dem zweiten Grunde aber z. B. bei Ehescheidungsprozessen, bei Prozessen unter nahen Verwandten Oeffentlichkeit zugebe 26).

---

§. X.

Entfernung der Rechtsbeistände.

Eine Grundbedingung, unter welcher eine gute Verwaltung der Rechtsflege gesichert werden kann, ist eine solche Organisation des Advokatenstandes, durch welche eine hinreichende Bürgschaft gegeben wird, daß jeder Rechtsuchende tüchtige und gründlich gebildete, von der Heiligkeit ihres Berufes durchdrungene, des allgemeinen Vertrauens würdige, durch ihren rechtlichen Charakter ausgezeichnete Rechtsbeistände finde, und daß diesen die Möglichkeit eröffnet werde, ungehindert und muthvoll nur ihrer Ueber-

---

25) Eine Frage verdient hier Beachtung: ob nicht auch auf den einseitigen Antrag einer Parthei, die Oeffentlichkeit auszuschließen, das Gericht ermächtigt werden soll, dem Antrage Statt zu geben. Die badische Prozeßordnung von 1831 art. 1098 beschränkt nur die Oeffentlichkeit, wenn beide Partheien, oder ihre dazu besonders bevollmächtigten Anwälte, darauf antragen.

26) Nach der badischen Prozeßord. §. 1098 wird schon auf Antrag einer Parthei in Streitsachen der Eheleute unter sich und zwischen Eltern und Abkömmlingen die Oeffentlichkeit ausgeschlossen; jedoch kann jede Parthei außer ihrem Anwalt 3 Freunde oder Verwandte mitbringen.

zeugung folgend, die Rechte der Partheien zu vertheidigen. Leider hat der Umstand, daß die Advokaten bei Ausübung ihres Amtes oft diejenigen, welche kein gutes Gewissen haben, angreifen müssen, bewirkt, daß es an Gegnern des Advokatenstandes nicht fehlt, und Mißbräuche, welche auch bei diesem Stande vorkommen, haben einen willkommenen Vorwand gegeben, gegen Advokaten einzuschreiten; daher hat es auch an Vorschlägen durch Abschaffung der Advokaten angeblich die Justiz zu verbessern, zu keiner Zeit gefehlt, und schon Hauschild [1]) giebt trefflich auf die Frage: was aus der Abschaffung der Advokaten entstehen würde, die Antwort: »Ein Stillestand der Justizverwaltung, die Oberhand des Unrechts, die Willkür des Richters, und die Unterdrückung der Armen oder derer, welche contra potentiores oder completiores zu streiten haben.« — Richtig bemerkt Feuerbach [2]), daß das Amt der Fürsprecher in dem ewigen Rechte selbst und in der ewigen Ungleichheit menschlicher Anlagen und Kräfte seinen Grund habe.

Es konnte nicht fehlen, daß auch in unserer viel bewegten Zeit, die in neuen Experimenten sich gefällt, die Entfernung der Advokaten aus dem Prozesse oder wenigstens die Verminderung ihres Einflusses ein viel besprochener Gegenstand wurde. Den Advokaten bürdet man die Schuld aller Nachtheile der Prozesse, und aller Verzögerungen derselben auf, weil, wie Ramdohr [3]) richtig bemerkt,

---

1) In seiner Abhandlung von Bauern und deren Frohndienste. Dresden 1771. S. 245.

2) V. Feuerbach, Betrachtungen über Oeffentlichk. S. 396. S. auch Griesinger, über Justizorganisation S. 69.

3) Ramdohr, über die Organisation des Advokatenstandes. S. 34.

diejenigen, welche durch den Ausspruch der Gerichte leiden, keinen Gegenstand finden, über welchen sich leichter und ungestrafter ihr Zorn ergießen könnte, als über die Advokaten, da Klagen und Tadel der Gesetze oder der Richter nicht so leicht angenommen würden. — Es war gewöhnlich, daß man, wenn man über Advokaten klagte, die deutschen Advokaten im Auge hatte, während doch ein solcher Standpunkt höchst einseitig ist. Während in England [4]) und Frankreich [5]) die Advokaten noch jetzt, wie in früheren Jahrhunderten, sich der höchsten Achtung erfreuen, während aus diesem ehrwürdigen Stande die ersten Staatsmänner hervorgehen, und das Publikum den Advokaten um so mehr hochschätzt, je mehr er durch kühne Vertheidigung des Rechts, durch unerschütterlichen Muth sich auszeichnet, während in jenen Ländern die Oeffentlichkeit der Rechtspflege zur Veredlung des Advokatenstandes beiträgt, glaubt in Deutschland Jedermann das Recht zu haben über Advokaten zu schimpfen und den Stand anzutasten. Es läßt sich nicht verkennen, daß ein großer Theil deutscher Advokaten, welche durch Formeln und allen Schlendrian der deutschen Gerichtssprache ihre

---

4) Ueber den Zustand der englischen Advokaten. Brandes, über die englische Gerichtsverfassung im hannöv. Magazin No. 86—92. Die neuesten Nachrichten in Cottu, de l'administration de la justice criminelle en Angleterre. Paris 1820 p. 143—151. S. den Bericht von 1834 über den englischen Advokatenstand in der Zeitschrift für ausländische Gesetzgebung VIII. Bd. S. 330., und über den neuesten Zustand meinen Aufsatz im Archiv für civilist. Praxis XX. Bd. S. 151.

5) S. darüber bes. Camus lettres sur la profession d'avocat, nouvelle édition par Dupin. (Paris 1818.) Tom. I. p. 337—467. Poll, de munere causarum patroni inprimis de libertate ei concedend. Amstelod. 1824., u. meinen Aufsatz im Archiv für civilist. Praxis XX. Bd. S. 144. ꝛc.

Unwissenheit zu bemänteln suchen, und Feinde jedes wissenschaftlichen Lebens nur im Verwirren und Verlängern der Prozesse ihr Heil suchen, selbst Schuld an dieser Geringachtung tragen; aber zum Glücke machen diese Unwürdigen nicht den ganzen Advokatenstand aus, und selbst an den Entartungen des Standes tragen andere Personen Schuld. Nicht in dem Mangel der öffentlichen Rechtspflege oder der Beredsamkeit allein, sondern in der Stellung der Gerichtshöfe, in unserem Rechtszustande, in der vielfachen Herabwürdigung der Advokaten durch den Staat selbst, müssen die Ursachen des Verfalls des Advokatenstandes gesucht werden [6]. Als die Richtercollegien ihre natürliche Würde, die sie durch die Heiligkeit ihres Amts, durch die Unerschütterlichkeit und den Muth im Aussprechen des Rechts sich geben, weniger, als äußere Auszeichnungen und einen gewissen Nimbus achteten, als sie als Gewalten sich geltend machten, und vergaßen, daß Richter und Advokaten unzertrennlich zusammengehören und den nämlichen heiligen Beruf, Wahrheit und Recht zu befördern haben, da wurde die Stellung der Richter und Advokaten eine feindliche; man gewöhnte sich daran, die Advokaten nur als gedungene Diener der Partheien zu betrachten, und sie, für deren Auszeichnung der Staat nichts gethan hatte, durch Verweise, Strafen und Geringschätzung auf die untergeordnete Stellung aufmerksam zu machen. Die Gesetzgeber vergaßen, daß es Stände giebt, bei welchen die Ehre allein die Triebfeder seyn kann, bei welchen die militärische Zuchtruthe nicht frommt. Als noch in den letzten

---

6) S. Gans, von dem Amte der Fürsprecher vor Gericht. Hannover 1820. S. 66. S. vorzüglich Feuerbach, Betrachtungen über Oeffentlichkeit S. 394.

Jahrzehenden ein sichtbarer Kampf der Stände eintrat, als die privilegirten Klassen im Sturme die bedrohten Freiheiten zu retten versuchten, als durch den Einfluß des äußeren Feindes eine verderbliche Politik die Fürsten und ihre Rathgeber den Völkern zu entfremden suchte, da waren es noch die Advokaten, welche nicht selten muthig die Opfer der Unterdrückung vertheidigten und der Gewalt sich widersetzten. Auf Rechnung dieses Ankämpfens muß die Abneigung gesetzt werden, welche leider oft höhere Staatsbeamten gegen Advokaten äußern, und welche sie hindert, einen hochwichtigen Stand würdiger zu erheben. Während die Advokaten unter solchen Umständen an innerer geistiger Kraft, und an sittlichem Ansehen verloren, gewannen sie auf der anderen Seite unter dem Schutze eines Rechtssystems, welches Prozesse begünstigte, und die Partheien nöthigte, bei dem Daseyn eines schon der Sprache nach dem Bürger unverständlichen Rechts Zuflucht zu rechtsgelehrten Rathgebern zu nehmen, an äußerer Herrschaft im Prozesse, und an ökonomischen Vortheilen [7]. Der schriftliche Prozeß und die Vorschrift in vielen deutschen Staaten, daß kein Bürger oder Bauer ohne Advokat vor Gericht seine Sache verfolgen könne, sicherten den Advokaten einen Einfluß auf jeden Prozeß, wodurch die Erbitterung immer mehr sich auf einen Stand lenkte, der, wenn man nicht an ihn sich hätte wenden müssen, dem Rathsuchenden immer achtungswürdig geblieben wäre. Keine Gesetzgebung hat so unmittelbar an der Wurzel das scheinbare Uebel anzugreifen versucht, als die preußische. Die Cabinetsordre von 1780

7) Mein Aufsatz im Archiv für civilist. Praxis XV. Bd. No. 13. 15. und XX. Bd. S. 139.

klagte die Advokaten geradezu als die Ursachen der schlechten und gefährlichen Prozeßführung an, an ihre Stelle sollten Assistenzräthe treten, aber schon in den nächsten Jahren verschwand die Einrichtung und aus den alten Advokaten wurden Justizcommissarien, deren Verschiedenheit von den deutschen Advokaten man sich öfters nachzuweisen bemühte [8]. Nun wurde das schriftliche Verfahren verbannt, die Partheien sollten vom Richter zu Protokoll vernommen werden, alles war auf persönliche Erscheinung berechnet, und durch Ausdehnung der richterlichen Gewalt, durch Anwendung der Untersuchungsmaxime sollten die Partheien reichlich für die bisherige Prozeßführung durch Advokaten entschädigt werden. Diese neuen Justizcommissarien sollten nach dem Willen des Gesetzgebers [9] nicht mehr die Söldner der Partheien, sondern die Gehülfen des Richters seyn, sie sollten die Richter controliren, und ein wachsames Auge auf sie haben. Vergleicht man den Zustand der preußischen jetzigen Anwälte mit dem, welcher dem Gesetzgeber vorschwebte, so möchte man kaum eine Gleichheit finden. Die Absicht des Gesetzes scheiterte an den Verhältnissen des bürgerlichen Lebens. Auch in Preußen fingen die Partheien bald an, nicht selbst zu Gericht zu gehen [10], entfernte Kläger konnten es nicht, und die am Gerichtsorte wohnenden waren sonst beschäftigt, während höhere Stände aus anderen Gründen nicht erscheinen mochten; bald

8) S. Mathis, jurist. Monatschrift, 2. B. S. 383. Grävell, 2. Bd. N. 41.

9) S. Vorbericht von Suarez. §. 8. in Malinkrodt, preuß. Prozeß S. 221.

10) v. Oppen, Vergleichung der französ. und preuß. Gesetze II. Heft S. 161. Bühl, Instruktion des Civilprozesses S. 96.

vertraten die Justizcommissarien wieder die Partheien, und ihr Geschäft wurde nicht weniger einflußreich, als das der Advokaten im deutschen Prozesse. Auch in anderen Staaten fehlte es nicht an Versuchen der Verbesserung [11]) des Advokatenstandes. — Bei der Betrachtung derselben stößt man auf manche Irrthümer. Man glaubte nicht selten, daß der französische Prozeß weniger die Advokaten begünstige als der deutsche, und pries daher seine Einführung als ein Mittel der Verbesserung. Man scheint vergessen zu haben, daß der französische Prozeß gerade wesentlich Advokaten bedarf, und ihnen eine größere Herrschaft einräumt als der deutsche. Die mündliche Verhandlung, in welcher faktische und Rechtsgründe zusammen vorgetragen werden, fordert eine geordnete, nur dem Geschäftsmanne in der Regel mögliche Darstellung. Die Verhandlung geht nur zwischen Anwälten vor, so wie jede spätere Mittheilung der Schriften; das Gesetz selbst trennt sogar avoués und avocats [12]), und gäbe der Strenge nach (von welcher zwar leicht Ausnahmen zu machen sind) nur den letzteren das Recht zu plaidiren, und wenn auch das Gesetz [13]) den Partheien das Recht giebt (jedoch wie es heißt, assistées de leurs avoués) selbst zu plaidiren, so führt schon das Bedürfniß zur Abweichung, wobei es noch bedeutend wird, daß nach der französischen Einrichtung die Parthei bei der

---

11) S. über die neuesten Versuche die baierischen Landtags-Verhandlungen 3. Bd. S. 41. Badische Verhandlungen 1. Kammer 2. Heft S. 294., und die Nachweisungen in meinen Aufsätzen im Archiv für civilist. Praxis XI. Bd. S. 426., XV. Bd. S. 146., XX. Bd. S. 139., XXI. Bd. S. 101.

12) Fölix, in der Zeitschrift für ausländische Gesetzgebung II. Bd. No. 16.

13) Code de procéd. Art. 85.

Appellation wieder einen neuen Anwalt am Sitze des Apellhofes nöthig hat. Nur in der Gerichtsverfassung liegt ein Unterschied. Während in Deutschland bei jedem kleinen Untergerichte auf dem Lande Advokaten angestellt sind, finden sich in großer Zahl[14]) Advokaten in Frankreich nur bei jedem Tribunal, das bekanntlich für einen großen Bezirk errichtet ist, so daß freilich weniger Advokaten in Frankreich auf dem Lande zerstreut sind. — Ein Irrthum ist es auch, wenn man glaubt, daß durch die Oeffentlichkeit der Rechtspflege allein plötzlich bessere Advokaten aufblühen würden[15]). Frägt man die Erfahrung, so ist die Klage über schlechte Advokaten bei französischen Gerichtshöfen nicht weniger selten, als in Deutschland. Die Publizität allein, wenn man auch den mächtigen Einfluß auf Veredlung des Advokatenstandes nicht läugnen kann, macht unredliche Advokaten nicht redlich, schlechte Redner nicht zu guten; auch in öffentlichen Verhandlungen des bürgerlichen Prozesses, die sich manche in ihrer Vorstellung anders denken, als sie im Leben sind, wird ungründlich, chikanös, mechanisch und schlecht gesprochen. Nicht weniger irrig war es, wenn man, ehe die Prozeßordnung und die Gerichtsverfassung organisirt waren, die Frage abgesondert verhandelte: wie die Advokaten beschränkt werden sollen? Offenbar hängt die Frage mit der ganzen Prozeß- und Gerichtsordnung zusammen, und wird von Vorfragen bedingt, und zwar: 1) ob man die persönliche Erscheinung der Partheien bei Gericht befördern wolle, ob man auch darauf rechnen könne? 2) ob schriftlich oder

---

14) Ueber die Zahl s. meinen Aufsatz im Archiv für civilist. Praxis XX. Bd. S. 145.

15) Mein Aufsatz im Archiv für civilist. Praxis XXI. Bd. S. 103.

mündlich verhandelt werden soll; 3) von dem Zustande der Civilgesetzgebung des Landes; 4) von der Grundmaxime, auf welcher der Landesprozeß beruht. — Ueberhaupt hat man die Fragen bei der Berathung vermischt: I. Soll den Partheien gestattet und durch die Prozeßform möglich gemacht werden, ihre Sache auch ohne Anwälte, selbst bei Gericht zu verfolgen? II. Sollen Anwälte gänzlich entfernt, und die regelmäßige Prozeßform auf Entfernung der Rechtsbeiständе berechnet werden? Indem wir die erste Frage im Allgemeinen bejahen, lassen wir allerdings gewisse Rücksichten, die dem Gesetzgeber wichtig werden, nicht außer Acht. Wenn die Richter in allen Fällen die Partheien selbst auftreten lassen müssen, so kann es nicht fehlen, daß häufig durch den Mangel der Gewandtheit einer Parthei, die Thatsachen erschöpfend und klar vorzutragen, sie unter die richtigen juristischen Gesichtspunkte zu stellen, so wie durch die Breite und Langweiligkeit und Verworrenheit des Vortrags die Richter des Mittels einer hinreichenden Vorbereitung beraubt sind. Die wichtigsten Thatsachen sind vielleicht im Vortrage weggeblieben, oder in einem unrichtigen Zusammenhange, oder entstellt vorgetragen, so daß am Ende die Richter die Materialien des Streits nicht genug kennen, und viel Zeit unnöthig verlieren, wenn sie den gedehnten und soviel Unnützes enthaltenden, weit ausholenden Vorträgen der Partheien zuhören müssen. Es erklärt sich daraus, daß der Gesetzgeber dazu kommen kann, entweder a) die Richter zu ermächtigen, daß sie Partheien, die nicht im Stande sind, ihre Sachen gehörig vorzutragen, anweisen, rechtsgelehrter Vertreter sich zu bedienen, oder b) sogleich allgemein den Satz aufzustellen, daß nur die von Advokaten bearbeiteten oder von ihnen unterzeichneten

Schriften bei Gericht angenommen werden und nur Advokaten in Sitzungen plädiren dürfen. 16). Dagegen müssen wir die oben gestellte zweite Frage entschieden verneinen, weil eine solche Einrichtung nach unseren heutigen Verhältnissen zu einem ungerechten Zwange führte, indem a) dadurch die Parthei, welche sich selbst nicht den sicheren Vortrag ihrer Sache bei Gericht zutraute, welche durch einen rechtserfahrnen Rathgeber streiten will, gehindert würde, dies zu thun, indem b) entfernte Partheien und alle, deren bürgerliche Verhältnisse das Auftreten und den Zeitverlust bei Gericht nicht gestatten, zu einer lästigen Erscheinung genöthigt würden, indem c) die Gesetzgebung gezwungen wird, wenn sie Advokaten entfernt, die Richtergewalt auszudehnen, und einer weit gefährlicheren Herrschaft und lästigerem Zwange die Partheien gegen ihren Willen zu übergeben.

Daher verdient eine Gesetzgebung den Vorzug, welche nicht eine Art des Verfahrens befiehlt, sondern den Partheien durchaus die Wahl zwischen zwei Formen läßt, von welchen die Eine nicht nothwendig auf Gegenwart von Advokaten berechnet ist.

Es läßt sich überhaupt nicht verkennen, daß die gerühmte Entfernung der Rechtsbeistände mit einer sicheren Rechtsverfassung sich nicht vertrage. Damit das Recht siege, damit jede richterliche Einseitigkeit vermieden werde, muß für jeden Anspruch, für jede Parthei alles dem Richter mit Umsicht und Klarheit dargestellt werden, was nur irgend für jede zu sagen ist, damit der Richter, unpartheiisch und umsichtig

---

16) Der Code de procédure Art. 85 gestattet den Partheien (jedoch assistées de leurs avoués) selbst zu plädiren; allein das Gericht kann ihnen immer diese Befugniß entziehen, wenn das Gericht bemerkt, daß Leidenschaft oder Unerfahrenheit eine ordentliche Discussion hindert.

die Wahrheit aus dem Widerspruche finde, und die Partheien haben ein Recht (§. 16.) zu verlangen, daß bei jedem Vortrage ihrer faktischen Verhältnisse zugleich auch die Rechtsansicht vorgetragen werde, welche sie leitete, oder welche aus dem faktischen Verhältnisse sich ergiebt. Dies ist ohne Rechtsanwälte nicht möglich; in ihnen liegt zugleich eine Schutzwehr gegen die gefährliche Richterherrschaft, und den richterlichen Despotismus. Die Gesetzgeber wissen nicht, wie häufig dieser Despotismus sich bewährt, mit welcher Härte nicht selten der vielbeschäftigte, übelgelaunte Richter die Partheien bei Gericht behandelt, wie er sie durch seine Zwischenerklärungen verwirrt, und über ihre Unbeholfenheit im Vortrage erbittert, sie übereilt, und Gehör versagt, wie der Richter so leicht eine Ansicht auffaßt, auf nichts Entgegenstehendes hört und ungeduldig nur die Sache beendigen will. An dem Advokaten scheitert diese richterliche Behandlung, eine natürliche Scheu hält die Richter zurück, und der Muth, die Festigkeit des Anwaltes, der jede Unregelmäßigkeit rügen würde, giebt der Verhandlung Ordnung und Klarheit. Wer soll, wenn die arme unterdrückte Parthei gegen den Mächtigen ihr Recht verfolgen soll, sie häufig schützen gegen Ungerechtigkeit, gegen die ängstliche Schwäche des Richters, auf welchen mittelbare Drohungen in Bezug auf seine äußere Existenz, Beförderung u. a. einwirken, gegen die Aussprüche der Kabinetsjustiz? Wir wollen gern glauben, daß in dem Pflichtgefühle der Richter, die ihres Eides eingedenk, treu den Gesetzen handeln, die Partheien eine Schutzwehr finden, allein daß die Garantie noch mehr durch kräftige, gute Advokaten verstärkt wird, daß der Muth des Rechtsfreundes da schützt, wo die menschliche Schwäche des Richters wankt, läßt sich nicht läugnen.

Wer kann noch, wenn er von persönlicher Erscheinung der Partheien ohne Anwälte Heil erwartet, verkennen, daß die natürliche Ungleichheit der Kräfte der Partheien sie der höchsten Gefahr aussetzte, daß der Schüchterne, Ungebildete leicht vor dem Kühnen, an das Sprechen bei Gericht Gewöhnten, daß der Arme von dem Mächtigen, der dem Gegner und dem Richter zugleich imponirte, besiegt würde? Die Prozeßführung durch Anwälte erst stellt das Gleichgewicht der Kräfte her, und begründet die wahre Rechts-Gleichheit. — Vergeblich ist auch die Hoffnung, daß zum bloßen Vortrage der faktischen Behauptungen auch die gewöhnliche Bildung der Partheien zureiche, im Gegentheile ist gerade die Kunst der faktischen Darstellung die schwerste; jeder, welcher öffentlich vorgetragen hat, muß dies bezeugen, weil es darauf ankömmt, alles klar, vollständig, am rechten Orte vorzutragen, was bei mündlichen Verhandlungen ungebildeter Partheien nur selten gefunden wird.

Soll aber der Advokat alles dies leisten, was man zu fordern berechtigt ist, so ist freilich eine Verbesserung dieses Standes ein unabweisliches Bedürfniß. Es muß dafür gesorgt werden, a) daß nur rechtsgebildete, durch Talent und Kenntnisse Ausgezeichnete zu dem Advokatenstande gelassen werden, damit dieser Stand nicht eine Zufluchtsstätte für jeden Juristen werde, der zu nichts besserem, wie man es nennt, taugt, damit die Masse der Unwürdigen nicht auch den Würdigen schade, damit vertrauensvoll jede Parthei, die auch nicht persönliche Bekanntschaft mit einem Advokaten hat, nicht getäuscht werde, wenn sie irgend einen wählt. b) Der Stand selbst muß so unabhängig von jeder höheren Gewalt hingestellt, die ganze Organisation so auf Ehre und

Freiheit gebaut werden, daß jeder Bürger, wenn auch die Regierung oder ein Mächtiger sein Gegner ist, nicht fürchten dürfe, daß sein Recht der Gewalt, die sich im Verborgenen geltend zu machen sucht, weichen müsse. Schwerlich möchten, um diese wichtige Unabhängigkeit zu sichern, viele Verbesserungsvorschläge [17]) zum Ziele führen, da sie höchstens nur darauf berechnet sind, daß die Advokaten eine gründliche Rechtskenntniß bewähren. Die wahre Verbesserung kann nur 1) in zweckmäßigen Einrichtungen liegen, wodurch eine Bürgschaft gegeben wird, daß auf einer Seite nur tüchtige Männer als Advokaten zugelassen werden, und auf der anderen Seite die Zahl der Advokaten so groß ist, daß die Partheien ihre Freiheit, denjenigen, dem sie am meisten vertrauen, auszuwählen, recht ausgedehnt ausüben können, und daß nicht dem talentvollen Manne, der als Advokat auftreten will, zu viele Hindernisse seiner Neigung zu folgen entgegengesetzt werden. In dieser Beziehung ist eine Einrichtung nicht für zweckmäßig erkannt worden, welche, wie es in Frankreich der Fall ist [18]), das Auftreten als Advokat nur von dem Willen des jungen Mannes abhängig macht, welcher, wenn er seine Universitätsstudien beendigt hat, nur in das tableau der Advokaten sich einschreiben zu lassen, und eine gewisse Zeit (stage) zu practiciren (eigentlich nur die Gerichtssitzungen zuweilen zu besuchen) nöthig hat; eben so wenig als

---

17) S. meinen Artikel: Advokat, in der Hallischen Encyklopädie von Ersch und Gruber, und die angeführten Aufsätze im Archiv für civilist. Praxis.

18) Daher ist auch in Frankreich oft der Vorschlag einer anderen Einrichtung gemacht worden. Auch in Amerika ist der Advokatenstand ein ganz freier. Archiv für civilist. Praxis XX. Bd. S. 153.

die Einrichtung, wie sie noch vor wenig Jahren in England bestand [19]), wo der Candidat der Advokatur nur durch die Aufnahme in den Advokatenstand, und durch seine Theilnahme an einer gewissen Zahl von Versammlungen der Advokaten das Recht der Advokatur erwirbt. Ebenso ungenügend (obwohl weit besser als die französische) ist auch jene Einrichtung, bei welcher, wie in Deutschland [20]), die Aufnahme eines Advokaten nur von der Regierung abhängt, und eine gewisse geschlossene Zahl von Advokaten bei jedem Gerichte besteht, die regelmäßig nicht überschritten werden soll, wobei dem jungen talentvollen Manne, der die Kraft als Advokat aufzutreten in sich fühlt, der Weg oft für lange Zeit versperrt wird, und das Recht zu advociren ebenso wie ein Staatsamt nur von der Gnade der Regierung abhängt. Alle Interessen vereinigt offenbar nur jene gesetzliche Einrichtung, bei welcher dafür gesorgt wird, daß jeder, welcher Advokat werden will, strenge Prüfungen des Staats bestehen muß, daß aber derjenige, welcher sie genügend bestanden hat, ohne weiterer Bewilligung der Regierung zu bedürfen, in die Advokatenmatrikel sich aufnehmen lassen kann. Diese Einrichtung ist neuerlich in Genf [21]) eingeführt und die neueste englische Anordnung von Prüfungen zielt dahin ab.

2) Eine andere Einrichtung muß die seyn, daß die nämliche Person alle Geschäfte, die auf die

---

19) S. darüber Zeitschrift für ausländ. Gesetzgebung VIII. Bd. S. 330. und Archiv für civilist. Praxis XX. Bd. S. 151.

20) S. darüber die Verhandlungen auf dem sächsischen Landtage 1837, und meinen Aufsatz in dem Archiv XXI. Bd. S. 119.

21) Genfer Gesetz vom 20. Juni 1834, im Auszug im Archiv für civilist. Praxis XX. Bd. S. 146.

Prozeßführung für Andere sich beziehen, als Advokat vornehmen kann, und nicht eine Trennung der Geschäfte Statt finde[22]), wie sie in Frankreich vorkömmt, wo der avoué von dem avocat geschieden ist, der letzte nur in der Sitzung für die Parthei mündlich vorträgt, so daß auf eine weit kostspieligere und den Prozeß mehr verzögernde Weise die Parthei zwei verschiedener Personen sich bedienen muß. 3) Nicht weniger muß die Taxordnung[23]) so eingerichtet seyn, daß der Advokat auf eine hinreichende Weise, welche vorzüglich den tüchtigen Advokaten zu kurzen und gründlichen Vorträgen aufmuntert, für seine Arbeiten Belohnung erhalte. 4) Es bedarf einer würdigen Stellung der Advokaten zu den Gerichten und 5) einer Belebung des Korporationsgeistes und des Ehrgefühls unter den Advokaten. So lange die Advokaten als die Sklaven der Gerichte betrachtet werden, so lange jedes Gericht in einem Prozesse wie in einem Anhange des Urtheils Verweise und andere Strafen über die Advokaten aussprechen kann, so lange die Befugniß der Gerichte zu Disciplinarrügen nicht genau regulirt und dem Uebel vorgebeugt ist, daß der Advokat nur der Gnade des Gerichts, welches seine Honorarien fixirt oder moderirt, den Umfang seiner Belohnung zu danken hat, ist an keine Verbesserung zu denken. Wohlthätig wirkt unfehlbar die Organisation einer eigenen Advokatenkammer (chambre de discipline) in dem Sinne, in welchem das französische Dekret[24]) eine solche Kammer organisirt, ohne daß die französische Einrichtung deswegen musterhaft

---

22) Auch das Genfer Gesetz Art. 7 hat diese Trennung aufgehoben.
23) S. darüber Archiv für civilist. Praxis XXI. Bd. S. 122.
24) Dekret vom 14. Dez. 1810.

genannt wird. Hat die Kammer, welche aus selbstgewählten Mitgliedern besteht, die Pflicht de veiller à la conservation de l'honneur de l'ordre des avocats, de maintenir les principes de la probité et de délicatesse, qui font la base de leur profession, hat sie das Recht, de réprimer ou faire punir par voie de discipline les infractions et les fautes etc.[25]), so wird ein Gefühl der Ehre in diesem Stande sich entwickeln, das mehr als gerichtliche Strafen wirkt. Ueberall, wo solche Advokatenvereine, auch nur in schwachen Anfängen, auftreten, z. B. in Hannover, in Bern[26]), haben sie sich schon wohlthätig bewährt, und es kömmt dann nur darauf an, in welchem Umfange die Gesetzgebung auch eine Disciplinargewalt der Advokatenkorporation zugestehen will[27]). Schließt die Regierung dann die Advokaten nicht von den Wahlen zu Ehren und politischen Stellen aus, zeichnet sie bei jeder Gelegenheit die Würdigen aus, so folgt die Veredlung des Standes von selbst, wozu gewiß auch als Nebenursache die Oeffentlichkeit der Rechtspflege als Sporn für manches Talent und als Mittel des Anreizes der trägen Bequemlichkeit oder gemeinen Feigheit wirken mag.

Am wenigsten können aber einige neuere gesetzliche Einrichtungen vertheidigt werden, welche mit dem Gebote der mündlichen Verhandlung bei den Untergerichten alles gethan zu haben glauben, und entweder überhaupt jeden Schriftenwechsel und das Erscheinen der Rechtsanwälte verbieten[28]) oder gebieten,

---

25) S. Art. 23 des Dekrets von 1810.

26) S. darüber Nachrichten im Archiv für civilist. Praxis XXI. Bd. S. 107—109.

27) Archiv XV. Bd. S. 303—329, XX. Bd. S. 145—151, XXI Bd. S. 107.

28) Dahin gehört die nassauische Amtsverwaltungsordnung

daß die Aemter die Partheien selbst mündlich zu Protokoll vernehmen, und mit Ausnahme besonders wichtiger und zweifelhafter Rechtsfälle, oder solcher, wo das persönliche Verhältniß die Zulassung eines Bevollmächtigten gebietet, durchaus keine Advokaten zulassen sollen[29]). Außer der unrichtigen Vorstellung von der Allmacht des mündlichen Verfahrens, liegt die Quelle dieser Vorschriften in einer tadelnswerthen Ansicht, nach welcher man die Untergerichte kaum als richterliche Behörden betrachtet, und ihr Urtheil mehr als einen Versuch ansieht, ob sich die Parthei bei dem Ausspruche nicht beruhigen will[30]).

Frage man einmal die Erfahrung über die Justiz in solchen Ländern, in welchen bei den Untergerichten keine Advokaten erscheinen dürfen, frage man diejenigen, welche in Spruchcollegien Gelegenheit haben, Akten aus den meisten Gegenden Deutschlands zu prüfen, wie die Justiz verwaltet wird, und wie bei jedem Untergerichte eine eigene Prozeßordnung gilt. Zum Glücke würdigen die Untergerichte selbst die Verhältnisse besser als die Gesetzgeber, und wissen, ohne daß es oft die Ministerien bemerken, durch andere Mittel, durch eine Hinterthüre, das einzuschwärzen, was das Gesetz von vorne nicht zuläßt.

---

für die Amtsbehörden v. 5. Juni 1816 §. 3. In wichtigen und verwickelten Fällen dürfen Advokaten zugelassen werden. Flach, Erläuterungen zum Prozeßgesetze des Herzogthums Nassau S. 4.

29) Dies bestimmt ein Reskript des badischen Staatsministeriums v. 2. Nov. 1820 und ein Ausschreiben des Hofgerichts v. 11. Nov. 1820. Nach der badischen Prozeßordn. v. 1831 §. 123 kann jede Parthei selbst oder durch Vertreter gerichtlich auftreten.

30) Gegen diese Ansicht s. meine Schrift: der gemeine deutsche Prozeß rc. II. Heft S. 10 rc. Feuerbach, Betrachtungen S. 363.

Wie mag man von einer Rechtsgleichheit [31]) sprechen, wenn die sich selbst überlassenen Partheien mit der von Natur täglich gepredigten Ungleichheit der Kräfte zu Gericht kommen und ihre Sache selbst führen sollen. Berufe man sich nicht auf die Autorität des preußischen Prozesses, dem es gar nicht eingefallen ist, die Ungleichheit der Kräfte auf diese Art wirken zu lassen, der vielmehr auf eine weise Art durch eine würdige Stellung des Richters ihm die Aufgabe gegeben hat, durch die zweckmäßigsten Mittel Wahrheit durch Vernehmung der Partheien zu erforschen, wo selbst durch eine höchst durchdachte Organisation und durch die Controle des Instruenten, Decernenten und Referenten für die Vermeidung aller Mißbräuche gesorgt ist. — Nach dem preußischen Prozesse sind nicht, wie in einigen neueren Gesetzen, die Advokaten ausgeschlossen; die Justizkommissarien handeln vielmehr gemeinschaftlich mit dem Instruenten, um eine vollständige Grundlage des Streites herzustellen. In der preußischen Gesetzgebung ist das ganze Verfahren und in allen seinen Theilen auf das Prinzip des Gesetzgebers, daß der Richter für das Interesse der Partheien sorge und den Streitpunkt gehörig herstelle, berechnet. Wie aber mag man erwarten, daß eine nackte, trockene Erklärung, daß die Richter die Partheien selbst mündlich zu Protokoll vernehmen und Advokaten nicht zulassen sollten, zu einer gerechten, umsichtigen Rechtsverwaltung in einem Lande führen kann, wo dem Richter keine weitere Instruktion gegeben ist, wo keine vollständige Prozeßordnung besteht, wo noch

31) Die nassauische Verordnung v. 5. Juni 1816 §. 3. erlaubt allen Personen, welche einen persönlich befreiten Gerichtsstand haben, ihre Klage durch einen Bevollmächtigten vortragen zu lassen, oder schriftlich vorzubringen.

das, was man gemeinen Prozeß nennt, mit der Verhandlungsmaxime gilt, und wo dem mit administrativen und anderen Geschäften schwer beladenen Richter gar keine Zeit und keine Freiheit des Geistes übrigt, so bei der mündlichen Verhandlung für das Interesse der Wahrheit thätig zu seyn; wie mag man hoffen, daß die Ungleichheit der Kräfte ausgeglichen und das Ziel erreicht werden kann, welches bei dem mündlichen Verfahren dem preußischen Richter vorschwebt? Glaube man endlich nicht, daß durch die gnädigst zugelassene Ausnahme der verwickelten, wichtigen und zweifelhaften Fälle etwas anderes für die Partheien gewonnen sey, als die Sanktion richterlicher Willkür. Wer weiß nicht, wie unbestimmt der Ausdruck: wichtiger, verwickelter Rechtsfall ist, wie leichtsinnig der junge mit den möglichen Verwickelungen der Prozesse gar nicht vertraute Praktiker sich über Zweifel hinwegsetzt und, weil er alles leicht nimmt, auch den Rechtsfall für einfach und unwichtig hält, während der gründliche Richter bald die Wichtigkeit des Falles und die Schwierigkeit der Entscheidung erkennen wird. Wenn nun die Gesetzgeber es blos von dem Richter abhangen lassen, zu bestimmen, ob die Parthei sich der Advokaten bedienen darf, so giebt sie die Rechte der Partheien nur in die Hände der Richter, und läßt es von ihnen abhängen, ob eine Parthei rechtlos seyn soll oder nicht. Vergebens würde man glauben, daß, wenn auch der Richter erster Instanz fehlte, der gelehrte Oberrichter würde helfen können. Wer entschädigt die Parthei für die verlorene Zeit bei dem Untergerichte? Wer weiß nicht, daß die Verhandlungen erster Instanz die Grundlagen für die höheren Instanzen sind?

---

§. XI.
Wechselseitiges Verhältniß der Partheien zu einander und Mittel ungerechten Prozessen vorzubeugen.

Wenn auch das natürliche Verhältniß im Prozesse die Partheien einander als Streiter gegenüber stellt, so darf doch das Verhältniß nicht in ein unwürdiges ausarten, bei welchem Jeder sich für berechtigt halten darf, dem Gegner durch jedes auch sonst schändliche Mittel zu schaden.

Die Partheien sind, wie Martin richtig sagt [1]), nicht verbunden, die Prozeßführung einander zu erleichtern. So wie aber auch Feinde würdig einander gegenüberstehen, und schlechte Mittel verschmähen, so sind auch den Partheien 1) alle Handlungen verboten, welche von den Gesetzen selbst als Verbrechen erklärt sind, weil sie dem Gegner seine Rechtsverfolgung unmöglich machten, z. B. Fälschung von Urkunden, Bestechung der Zeugen; 2) eben so Handlungen, wodurch die natürliche Unpartheilichkeit des Richters vernichtet würde, z. B. durch Bestechung; 3) Handlungen, welche schon abgesehen von jedem Prozesse, Verletzungen der Rechte der anderen Parthei enthielten, z. B. Injurien, obwohl auch bei diesen eine schonende Rücksicht auf das Einwirken des Affekts, auf die Wirkung einer natürlichen Beredsamkeit, die im Feuer die Rede leicht übertreibt, und auf den nach gewöhnlichen Verhältnissen vorhandenen Mangel jeder injuriösen Absicht eintreten muß, daher auch schon das gemeine Recht [2]) eben

---

1) Lehrbuch des gemeinen b. Prozesses §. 37.

2) l. 15 § 1 D. de injuriis. Weber, von den Injurien III. Bd. S. 129.

so wie preußische Gesetze [3]) und französische Praxis [4]) zur schonenden Beurtheilung auffordern. — Wenn in den Gesetzen Verdrehungen der Wahrheit [5]), oder ausgemachter Rechtssätze [6]), offenbare Widersprüche, aktenwidrige Behauptungen und jede Prozeßverzögerung als strafbar erklärt werden sollen, so müssen solche Vorschriften nicht zu ängstlich angewendet werden. — Jede Thatsache hat zwei Seiten, von welchen sie betrachtet werden kann; eine Stellung in einen gewissen Zusammenhang verändert auch den Gesichtspunkt. Der Anwalt jeder Parthei hat nun die Pflicht, alles anzuführen, was nur irgend für die Sache, die er vertheidigt, wenn auch nur mit einem Scheine von Wahrheit zu sagen ist; und gerade dadurch, daß die Thatsache von beiden Seiten dem Richter vorgestellt wird, gewinnt der Richter, dessen Pflicht es ist, sich nicht blenden zu lassen, an Umsicht und findet die Wahrheit. Das Verbot, Rechtssätze zu verdrehen, klingt etwas sonderbar, weil man nicht weiß, was man verdrehen zu nennen beliebt, weil bei der controversen Natur jeder Gesetzgebung und besonders des gemeinen Rechts, oft etwas dem an den Schlendrian gewöhnten Richter Verdrehung scheinen kann, was eine geistreiche originelle Ansicht enthält, weil man von vielen ausgemachten Rechtssätzen gar nicht sprechen kann, weil die Anführung der Rechtssätze etwas Außerwesentliches ist, da der Richter das Recht kennen soll, weil man endlich ohne Beleidigung der

---

3) Preuß. Landrecht 2. Thl. Tit. XX. §. 552.

4) Arrêts v. 3. Brumaire l'an X. 12. Avril. 23. Oct. 1806, gut Chassan, traité des délits et contraventions de la parole 1. pag. 69.

5) Gönner's Motive zum Prozeßentwurf S. 112.

6) Martin's Lehrbuch §. 39.

Richter solche Verdrehung nicht eine versuchte Täuschung des Richters nennen kann, da praesumtive der Richter nicht zu täuschen ist. Was die Widersprüche betrifft, so müssen sie, sobald nach rechtlichen Grundsätzen eine frühere Behauptung durch eine spätere vernichtet werden kann, erlaubt seyn, im Gegentheile kümmert sich darum Niemand, und betrachtet sie als unnützes Geschwätz, bei welchem man den Schwätzer bemitleiden, aber nicht bestrafen mag. — Ein sehr unbestimmter Ausdruck ist der: aktenwidrige Behauptungen. Alles, was eine Parthei anführt, wird bekanntlich nicht betrachtet, wenn es nicht a) ein Geständniß enthält, oder b) wenn es nicht bewiesen wird: Geständnisse kann aber jeder auch gegen die Akten ablegen, also ist zuviel behauptet; was aber nicht bewiesen wird, ist juristisch gleichgültig, und kann daher auch kein Gegenstand der Bestrafung seyn. Mit den berüchtigten Prozeßverzögerungen ist aber die Sache lange so schlimm nicht, als man es oft glaubt. Jede Parthei muß das Recht haben, sich der Ausflüchte und der Mittel zu bedienen, welche das Gesetz gewährt; bittet sie sechsmal um Fristverlängerung, so ist es Schuld des Gesetzes, wenn es solche Verlängerungen zuläßt, oder des sorglosen Richters, der sie gewährt; der Parthei aber darf kein Unrecht vorgeworfen werden. Fängt man hier mit Strafen an, so wird leicht die Freiheit der Partheien von launenhaften Richtern gefährdet.

Wenn wir bisher vor Erlassung von Vorschriften warnten, durch welche auf eine unbestimmte und die Willkür der Richter sehr begünstigende Weise dem Benehmen der Partheien und ihrer Anwälte Zwang zugefügt wird, so nehmen wir deswegen nicht die Unredlichkeit der Partheien in Schutz und halten es für Pflicht auch von den Mitteln zu handeln,

durch welche die Gesetzgeber der Frivolität der Prozeßführung entgegenzuwirken suchten. Dies führt vorerst auf die Frage: ob der Gesetzgeber von der Pflicht der Partheien, die Wahrheit zu sagen, ausgehen soll [7]? Diese Frage muß man bejahen, wenn man erwägt, daß die Lüge schon an sich etwas Schändliches ist, daß sie aber noch tadelnswerther da erscheint, wo die Parthei durch ihre Lügen die Obrigkeit täuscht, und die Vorspiegelung der Unwahrheit als ein Mittel braucht, auf rechtswidrige Weise Vermögensvortheile sich zu verschaffen oder den Prozeß zu verzögern und dadurch den Andern zu schaden. Nicht der preußische Prozeß allein ist es [8], welcher diese Pflicht zur Wahrheit vorschreibt, sondern gewiß liegt auch dem gemeinen Prozeß diese Forderung zum Grunde [9]. Es kömmt nur darauf an, durch welche Mittel der Gesetzgeber die Verletzung der Pflicht strafen oder der Bosheit der Partheien vorbeugen soll. Daß öffentliche Strafen, z. B. Gefängniß u. A. nicht am Platze sind, ergiebt sich, wenn man erwägt, daß überhaupt eine Ausdehnung des Strafgebiets nicht zweckmäßig ist, daß auch diese Lügen im Prozesse nicht dem Verbrechen des Betrugs gleichgestellt werden können, da dabei keine weiteren Mittel das Vorgeben glaubwürdiger zu machen und den Anderen auf listige Weise zu täuschen angewendet werden, sondern das Unrecht in dem einfachen Vorbringen der Unwahrheit oder dem Läugnen der Wahrheit besteht, wobei jede Parthei

7) Der Verfasser gesteht, daß er manche in den früheren Auflagen hier aufgestellte Ansichten zurücknehmen muß.

8) Gerichtsordn. Einleitung §. 13.

9) Linde, Lehrbuch §. 123 Not. 11. Puchta, Beiträge zur Gesetzgebung 1. Thl. No. 8 und Puchta, das Prozeßleitungsamt S. 128.

weiß, daß ihr dies nichts nützt, sondern daß der Behauptende beweisen muß. Auch ist häufig die Absicht bei dieser prozessualischen Unwahrheit nicht, daß man den Andern beschädige, sondern daß man Zeit gewinne, oft um Mittel zu erhalten, die in den Stand setzen besser zu befriedigen. Auch ist es mit der Anwendung solcher Strafen mißlich, weil häufig der Beweis, daß die Parthei absichtlich gelogen habe, nicht leicht herzustellen ist und die Lüge durch den Irrthum entschuldigt wird. Was die Strafen des böslichen Läugnens betrifft, so läßt sich aus dem römischen Rechte nicht erweisen, daß das röm. Recht eine allgemeine Strafe des Abläugnens kannte, sondern daß gewisse Privatstrafen in so fern eintraten, als a) der, welcher etwas läugnete und dadurch dem Andern unmöglich machte, sein Recht zu verfolgen, zur Strafe die Vortheile verlieren soll, die an das Geständniß geknüpft gewesen wären [10]. b) Daß wenn Jemand etwas läugnet, woran faktisch sein ferneres Recht geknüpft gewesen wäre, dies Recht verliert, weil das Gesetz den Verzicht auf das Recht annimmt [11]. c) Daß der, welcher ein Verhältniß läugnet, an dessen Voraussetzungen gewisse Einreden geknüpft gewesen waren, zur Strafe diese Einreden verliert [12]. d) Daß ein gewisses, die Rechtsverfolgung des Anderen vereitelndes, Benehmen Nachtheil nach sich ziehen soll [13]. Nur mit diesen Einschränkungen [14] kommt eine Privatstrafe des böslichen Läugnens vor, und weiter sie auszudehnen,

---

10) Z. B. nach l. 1 §. 15 D. si quadrupes pauperiem.

11) Darauf bezieht sich l. fin. D. de fei vind.

12) l. 10 D. de fidejuss.

13) Novell 18 c. 8.

14) Glück, Comment. VI. Thl. S. 182. Wehrn, von den gerichtlichen Einwendungen S. 101.

dürfte wohl nicht zweckmäßig seyn. Ein in unserer deutschen Gesetzgebung ausgebildetes Mittel, wodurch den Chikanen der Partheien vorgebeugt werden soll, ist der Gefährdeeid (juramentum calumniae) [15]), der selbst wieder allgemein oder bei speziellen Akten gefordert werden darf. Wenn man erwägt [16]), wie dieser Eid mißbraucht wird, Verzögerungen verursacht, wie leicht er nach der Erfahrung auch von der böswilligen Parthei abgeleistet wird, wie häufig der Eid mit anderen Eiden collidirt und daß überhaupt Eide nicht vervielfältigt werden sollen, so rechtfertigt sich gewiß die Aufhebung dieses Eides durch die neue Gesetzgebung [17]).

In Bezug auf die Stellung der Partheien müssen noch das Verhältniß der Editionspflicht von Urkunden und die Succumbenzgelder kurz betrachtet werden. In Bezug auf die Erste kann nur der Grundsatz entscheiden, daß jede Parthei für ihre Beweismittel selbst sorgen muß und daß es dem natürlichen Verhältnisse widerspricht, wenn Jemand seinem Gegner die Waffen gegen sich selbst liefern soll [18]). Daher auch die Editionspflicht nur auf jene Urkunden beschränkt werden soll, welche Jemand als Eigenthümer (alleiniger oder Mit-Eigenthümer) fordern kann [19]), oder wo er vermöge eines Vertrags die Mittheilung verlangt. Nur eine irrige Ansicht von der nothwendigen Begünstigung des Beklagten

---

15) Martin, Lehrbuch §. 312 (301). Linde, §. 123.

16) Goldschmid, Abhandl. S. 47. Gönner, Comment. S. 111.

17) Würtemberg. Edikt §. 116., baier. Edikt v. 1819 §. IV., Schwarzburg-Rudolstädt. Gesetz v. 1834 §. 83.

18) Mittermaier, über die Gründe der Verpflichtung zur Edition der Urkunden. Heidelberg 1835.

19) So ist es im französ. Prozesse. Rauter, Cours de proc. civile §. 132.

hat in manchen Gesetzgebungen die Lehre von der Editionspflicht des Klägers erzeugt, oder die Consequenz des Strebens, jedes Mittel, das zur Wahrheitserforschung dient, zu benutzen, die ausgedehnte Editionspflicht herbeigeführt[20], während andere Vorschriften[21] die Editionspflicht in Bezug auf Urkunden aussprechen, die eine Parthei zur Entkräftung des Beweises des Gegners braucht[22]. Ein sehr unpassendes Mittel, um angeblich dem muthwilligen Gebrauche von Rechtsmitteln vorzubeugen, sind die Succumbenzgelder, nämlich Steuern, welche der, welcher Rechtsmittel ergreift, erlegen muß und verwirkt, wenn sein Rechtsmittel verworfen wird. Wie häufig solche Strafen die Parthei treffen, welche in der besten Ueberzeugung von der Gerechtigkeit ihres Anspruchs kein Mittel unversucht läßt, und in oberster Instanz verliert, weil oft eine Stimme mehr gegen ihren Anspruch ist, oder das Gericht plötzlich eine neue Theorie aufstellt, ist bekannt; eben so wie die Wahrheit, daß bei der unendlichen Verschiedenheit von juristischen Ansichten eine Vermuthung sich nicht aufstellen läßt, daß die Parthei, welche in oberster Instanz unterlag, unfehlbar Unrecht gehabt habe[23].

---

20) Z. B. nach dem Entwurfe von Gönner.

21) Badische Prozeßordn. §. 786.

22) Wie unpassend diese Vorschriften, denen kein festes Prinzip zum Grunde liegt, seien, hat gezeigt Mittermaier, a. a. O. S. 76—81.

23) Gut Götz, im Archiv für civilist. Praxis V. Bd. No. 4 und Bericht der Gesetzgebungscommission bei Vorlage der Prozeßordnung von Baden (in dem Archiv für Rechtspflege in Baden II. Bd. S. 87.).

§. XII.

Vergleichsversuch.

Die Spur eines Vergleichsversuchs bei den Römern kann in jenen Vorschriften gefunden werden, nach welchen der Kläger bei Klagen gegen gewisse Personen, z. B. Verwandten, erst die Erlaubniß des Prätors einholen muß, ehe die in jus vocatio erfolgen darf [1]).

Im deutschen Prozesse des Mittelalters fehlte es nicht an solchen Sühnversuchen, als deren Folgen Sühnbriefe errichtet wurden [2]). Der jüngste Reichsabschied [3]) gebot zwar dem Richter die Gütepflegung, jedoch mit einer weisen Beschränkung, indem der Richter darauf sehen soll, daß die, eine öffentlich ungerechte Sache führende, Parthei zu dem Vergleiche nicht gelassen, auch der rechthabende Theil damit nicht beschwert, und die Justiz wider des anderen Theiles Willen nicht verzogen werde. Die Veranstaltung überließ das Gesetz dem Richter, und der Gerichtsgebrauch fand es am zweckmäßigsten, sogleich nach eingereichter Klageschrift eine Tagefahrt zum Versuche der Sühne anzusetzen [4]). — Frägt man die Erfahrung um den Erfolg dieser Versuche [5]),

---

1) L. 4. §. 1. D. de in jus. voc.

2) J. C. Mäler, Geschichte und Verfassung der Rechtspflege und Prozeßform S. 102. 131.

3) §. 110.

4) Partikularrechtliche Aussprüche und Gerichtsgebrauch s. in Cod. Jud. Bavar. cap. 17. §. 1. Kori, sächsischer Prozeß S. 147. Oesterlei, hannöverischer Prozeß 1 Thl. 2. Abthl. S. 595.

5) S. Mémoire sur l'origine et l'organisation des Comités conciliateurs en Dannemark, par Rothe. à Copen-

so ist ihr Zeugniß nicht günstig. In den meisten Fällen ist die angesetzte Tagfahrt ad tentandam amicabilem compositionem eine nutzlose Formalität, und selbst in Frankreich, wo Vergleiche auf alle mögliche Art begünstigt waren, gestanden die Gesetzgeber 6), daß in den Städten bisher die Versuche wenig genützt hätten, obwohl sie sich trösteten, daß nur bisher die Partheien in der Revolution Schuld an der geringen Wirkung gewesen seyen.

Alle diese Versuche beruhen aber auch auf einer unrichtigen Vorstellung von dem Prozesse und von der Würde des Rechts, da man jeden Prozeß als ein Uebel betrachtet, das man verbannen müsse, und vergißt, daß da, wo ein feigherziges, schwaches, der Bequemlichkeit zusagendes Nachgeben nach dem gepriesenen Vergleichstiften an der Tagesordnung wäre, nur das größte Unrecht seinen Deckmantel fände, und mit dem verschwundenen Sinne für das Recht auch jede Kraft aus dem Volke gewichen wäre. Gewiß haben viele Vergleichsversuche ihr

---

hague 1803. — Rothe, Beitr. zur Kenntniß der Vergleichseinrichtungen in Dänemark. Kopenh. 1804. Suhl, über dänische Vergleichscommissionen, französ. Friedensgerichte 2c. Lübeck 1809. Von der Beke, über Verminderung und Abkürzung der Prozesse durch Vergleich. München 1812. v. Gönner, Motive zum Entwurfe eines Prozeßgesetzbuchs. I. Thl. S. 221. v. Zeiller, Vorbereitung zur neuesten österreichischen Gesetzkunde IV. Thl. No. II. Hübner in Mathis jurist. Monatschrift II Thl. S. 380. Grävell, Prüfung der Gutachten der Immediatcommission, I. Thl. S. 69.

Puchta, Beiträge zur Gesetzgebung und Praxis des bürgerlichen Rechtsverfahrens No. XI S. 326. Mein Aufsatz im Archiv für civilist. Praxis XI. Bd. S. 148. Puchta, im Archiv für civilist. Praxis XIX. Bd. No. 8. 10. Peulsen in Elvers Themis I. Bd. No. 16. v. Kamptz, Jahrbücher, Heft 75. No. 1.

6) Exposé des motifs du Code de proc. p. 15.

Hauptmotiv nur in der Bequemlichkeitsliebe der Richter, die uneingedenk der Würde ihres Berufes freilich lieber durch Unterhandeln und Zureden die Mühe einer sorgfältigen Prozeßinstruktion und gründlichen Entscheidung sich vom Halse schaffen. Erwägt man auch, daß jeder Sühneversuch die Entscheidung des Prozesses verzögert, die Bürger zu einer durch den Zweck des Rechtsstreites nicht gebotenen Handlung nöthigt, sogar demselben widerstreitet, und Kosten verursacht, betrachtet man die gegründete Forderung jedes Bürgers, daß man nicht durch Formalitäten die Rechtsverfolgung, bei welcher so viel oft vom Augenblicke abhängt, ihm erschwere und verzögere, berücksichtigt man die Nachtheile der Vergleichsbegünstigungen [7]), durch welche allmählig der Glaube an das Recht erschüttert, und die Rechtsunsicherheit befördert wird, so kann man in das unbedingte Lob der Vergleiche nicht einstimmen.

Es verdient I. eine Untersuchung: wer diese Vergleiche versuchen soll? Man hat fünf verschiedene Versuche gemacht:

1) entweder nimmt der nämliche Richter, welcher den Prozeß instruirt, auch die Commission zum Vergleichsversuche vor. Schwerlich kann aber irgend Jemand, der untauglicher hiezu wäre, gefunden werden; — unschicklicher wird a) es unfehlbar, wenn derjenige, von welchem die Partheien in der Folge den Ausspruch des Rechts erwarten, zudringlich zum Vergleiche räth, und dadurch den Verdacht erweckt, daß er das schwierige Geschäft von sich ablehnen möchte, oder daß er selbst nicht an die sichere feste Stimme des Rechts glaube; b) es widerspricht selbst seinem richterlichen Charakter, nach welchem er

7) Sehr gut Puchta, Beiträge S. 329.

nur das Recht handhaben und aussprechen, nicht aber eine Umschiffung und Beugung des Rechts begünstigen soll, um so mehr als c) er nicht einmal mehr die Unpartheilichkeit sich bewahren kann. Soll der Vergleichsversuch wirksam seyn, so wird oft der Richter, wenn auch nur leise, auf den Ausgang des Prozesses hindeuten, er muß einer Parthei Hoffnung geben, und unwillkührlich verräth er sich, welcher Parthei er den günstigsten Ausgang verspreche, wodurch nothwendig das Vertrauen auf seine künftige Unpartheilichkeit leidet. d) Selbst die Motive, welche der Richter den Partheien vorstellt, um sie zum Vergleiche zu bewegen, ehren ihn nicht; er muß entweder einer Parthei geradezu sagen, daß sie nichts gewinnen werde, daß wenig Hoffnung da sey, oder er muß selbst Zweifel gegen die Unfehlbarkeit der Justiz äußern, die Prozesse mit einem Zuge aus dem Glückstopfe vergleichen u. a., was alles der Würde des Richters und des Rechts widerspricht [8].

2) Man hat in anderen Ländern einen Friedensrichter als den Vergleichsstifter vorgeschlagen und der französische Prozeß beruht darauf [9], daß kein Prozeß bei dem Tribunale angenommen werden soll, wenn nicht zuvor der Vergleich versucht worden ist. Bekanntlich hat die französische Justiz das Institut der Friedensrichter aus der englischen Verfassung entlehnt [10]. Mit Unrecht würde man aber den englischen Friedensrichter mit dem französischen für

---

8) Puchta im Archiv für civilist. Praxis XIX. Bd. S. 228.

9) Code de procédure Art. 48. S. hiezu Pigeau, cours de la procédure t. I. p. 34, Berriat St. Prix, p. 170. Carré, traité et questions t. I. p. 80.

10) Henrion de Pansey, de la compétence des juges de paix. Paris 1805.

gleichgestellt halten; während der Erste [11]) nur ein durch sittliche Autorität wirkender Volksbeamter ohne richterlichen Charakter ist, erscheint der Zweite als ein vielfach von der Regierung abhängiger, von ihr besoldeter Staatsdiener, welcher zugleich auch in mehreren Fällen selbst als Richter Prozesse entscheidet, und daher so wenig als ein deutscher Civilrichter zum Vergleichstiften geeignet ist. Untersucht man den Grund, aus welchem die Vermittelung eines Friedensrichters Kraft haben soll, so liegt er in der großen sittlichen und geistigen Autorität, welche präsumtive ein solcher Mann in der Gemeinde genießt. Wir geben zu, daß da, wo der Friedensrichter, wie dies ursprünglich bei den französischen Vorschlägen vorschwebte, von dem Volke gewählt wird, und mehr der Mann ist, welcher als Vermittlungsbeamter wirken soll, die Wahl seiner Mitbürger ihm eine Autorität verleiht, durch welche er wirken kann; sobald aber, wie dies jetzt in Frankreich und in den ehemals französischen, jetzt mit deutschen Staaten vereinigten, Rheinprovinzen der Fall ist, der Friedensrichter ein Jurist und ein Einzelnrichter und zwar mit sehr erweiterter Competenz ist, und vom Staat wie ein anderer Richter angestellt wird, darf man auf diese Zauberkraft der Autorität, die ihn zum Vermittler tauglich macht, bei dem Friedensrichter nicht rechnen. Wir läugnen nicht, daß nach den französischen [12])

---

11) Meyer, esprit, origine et progrès des institutions judiciaires tom. II. chap. 8. pag. 112.
Blackstone, Com. on the laws of England book I.
Die neuesten Nachrichten: chap. 9. in Cottu, de l'administration de la justice crim. en Angleterre. Cap. II. pag. 20.

12) Nach dem französ. Berichte über die Verwaltung der Civiljustiz im J. 1834 (pag. 276) kamen 1834 97558 Fälle

und belgischen 13) statistischen Tabellen die Zahl der Vergleiche, welche Friedensrichter stiften, sehr groß ist; allein man bemerkt ebenso, daß in Bezug auf diese Zahl die größte Verschiedenheit vorkömmt; es giebt Gegenden, in welchen sehr viele Vergleiche geschlossen werden, im Gegensatz andere 14), in welchen nur eine kleine Zahl bemerkbar ist. Vergleicht man die Verhältnisse, so überzeugt man sich leicht, daß vorzüglich auf dem flachen Lande und in Gegenden, wo die Bevölkerung nicht dicht zusammen wohnt, wo, z. B. in Gebirgsgegenden, es beschwerlich ist, zu dem weit entfernten Tribunale zu gehen, Vergleiche zu Stande kommen; ebenso bei einer Bevölkerung, die überhaupt noch weniger gebildet ist, oder gleichgültig dahinlebt, ferner in Gegenden, wo die Bürger kein besonderes Vertrauen zu den Gerichten haben 14a)

Der französische Vergleichsversuch artet in eine bloße Formalität aus 15), die leider mit Kosten

---

vor die Friedensrichter, davon wurden 38454 verglichen, in 58646 kam kein Vergleich zu Stande.

13) Nach dem Compte de l'administration de la justice civile en Belgique in den Jahren 1832 — 1836 kamen 20723 Sachen vor den Friedensrichtern vor, in 8081 Fällen wurde Vergleich bewirkt.

14) Z. B. im Bezirke von Paris kamen 11201 Sachen vor die Friedensgerichte und nur 3884 wurden verglichen. Im Bezirke von Colmar treffen auf 2509 Sachen nur 665 Vergleiche, in Rouen auf 3394 nur 866 Vergleiche, wogegen in dem Bezirke von Agen auf 4185 Sachen 2763 Vergleiche treffen, in Rennes auf 3492 Sachen 1853 Vergleiche.

14a) Es ist merkwürdig, daß in Genf, wo doch so viel Moralität herrscht, die Vergleichsversuche nicht sehr günstig ausfallen. Von 1828 — 1831 kommen auf 20803 Sachen nur 1643 Vergleiche. S. loi sur la procédure civile du Canton de Genève (Genève 1837) pag. 29. 30.

15) Bellot in dem exposé des motifs de la loi sur la procédure civile p. 33. sagt: ce ne fut bientôt plus qu'une

verbunden ist. Betrachtet man dazu noch die vielen Controversen, welche schon über die Nothwendigkeit des Vergleichsversuchs bei gewissen Klagen entstanden [16]), oder welche durch diese Vergleichsstiftung veranlaßt wurden [17]), berücksichtigt man die auffallende Inconsequenz, nach welcher die vor dem Friedensrichter zu Stande gekommenen Verabredungen und das darüber abgehaltene Protokoll nur die Kraft einer Privaturkunde haben [18]), so muß man den Gesetzgebern von Geneve Recht geben, welche den Vergleichsversuch als nothwendig in allen Fällen aufgehoben, dagegen nur bei Klagen zwischen Ehegatten, Ascendenten und Descendenten eine Art von Sühneversuch als nothwendig aussprechen, das Gericht aber autorisiren, in Fällen, die zum Vergleiche geeignet scheinen, durch ein Gerichtsmitglied vor oder nach den mündlichen Verhandlungen die Sühne versuchen zu lassen [19]). Auch in Frankreich erheben sich immer mehr Stimmen gegen die Einrichtung [20]),

---

espèce de passeport, dont les parties étaient contraintes de se réunir pour parvenir aux tribunaux, qu'elles sollicitaient pour satisfaire à la forme, et qu'on leur accordait avec indifférence.

16) Das Gesetz Art. 48 redet nur von demande principale, und nimmt Art. 49 nur einige Sachen aus.

17) Z. B. ob ein vor dem Friedensrichter abgelegtes Geständniß als ein gerichtliches gelte. Arrêt. bei Sirey, recueil 1814 p. 113.

18) Art. 54. Controversen in Pigeau, I. p. 43. Carré traité I. p. 95.

19) Bellot, exposé des motifs p. 34—36. Im Gesetze vom 5. Dez. 1832 über organisation judiciaire Art. 77—84 wurde die Conciliation näher regulirt.

20) v. Oppen, Vergleichung der französ. und preuß. Gesetze II. Bd. S. 167. Boncenne, théorie de la procédure tom. I. p. 295. Taillandier in der Vorrede zur Ausgabe des Code de procéd. de Genève in der collection von Foucher vol. V pag. VIII.

die so leicht umgangen werden kann, und nur eine der vielen formalités frustratoires des Code genannt wird [21].

3) Eine andere Einrichtung kann die seyn, daß in den Gemeinden, wenn ein Gemeindeangehöriger gegen ein anderes Mitglied derselben Gemeinde einen Prozeß anstellen will, der Ortsvorstand den Vergleichsversuch machen soll. Dies ist in Würtemberg [22] und Baiern [23] eingeführt. Auf dem Landtage von 1837 war in Baiern der Mangel des Instituts und die Nothwendigkeit einer weiteren legislativen Ausbildung klar hervorgehoben; man sah aber auch zugleich die Schwierigkeiten der Durchführung ein, da man den, von den Vermittlungsbeamten aufgenommenen, Urkunden eine besondere Kraft beilegen mußte, was z. B. bei den von Bürgermeistern kleiner Dörfer errichteten Vergleichsurkunden bedenklich war. Die Erfahrung hat in Baiern nicht bewiesen [24], daß das Institut große Früchte getragen hat.

4) Man hat ferner eigene Vergleichskommissarien oder eine eigene Vergleichsjury [25] vorgeschlagen. Alle diese Anstalten sehen aber zu sehr einem Zwange ähnlich; sind diese Personen Juristen, so wird bald aus dem Ganzen ein förmliches Bureau, in welchem das Vergleichsgeschäft mit allem so häufig vorkommenden Bureauschlendrian steif mit vielen Schreibereien

---

21) Eine Nachahmung des französ. Prozesses ist im baier. Entwurf von 1827, s. dagegen meinen Aufsatz im Archiv für civilist. Praxis XI. Bd. S. 150.

22) Würtemberg. IV. Edikt §. 16. Schütz, würtemberg. Prozeß S. 2.

23) Baier. Gemeindeedikt von 1818. §. 120 und Gesetz vom 1. Juli 1834 §. 13.

24) Puchta im Archiv für civilist. Praxis XX. Bd. S. 432.

25) Reibnitz, Ideal der Gerichtsordn. I. Thl. S. 179.

verhandelt wird. Sind die Commissarien oder Jurés keine Juristen, so hält es schwer, ihnen das Juristische in jeder Streitsache auseinander zu setzen; ihre Ansicht bleibt immer nur eine oberflächliche, und die Partheien können um so weniger Vertrauen zur Jury haben, als sie mit Recht sich sagen, daß diese Personen doch das Recht nicht verstehen, und daher nichts über den Ausgang des Prozesses sagen können. Der hier angedeutete Vorschlag kömmt auf verschiedene Weise vor, und zwar: a) bei den dänischen Vergleichskommissionen, die seit 1795 bestehen[26]). Achtungswürdige Männer, und zwar solche, die nicht als Richter den Prozeß zu entscheiden haben, bilden die Commission, welche die Partheien (die ausbleibende leidet Nachtheile) vernimmt, selbst Zeugen hören kann und ernstlich den Vergleich versucht. Wenn auch das Institut manches Gute gestiftet hat[27]), so liegen doch auch gegen sie Einwendungen, wegen der Schwierigkeit der Besetzung der Commission, wegen des darin liegenden Zwangs und der Prozeßverzögerung, nahe[28]). b) Eine andere Einrichtung ist die der Schiedsmänner in Preußen[29]), nach welcher in den verschiedenen Bezirken geachtete Männer zum Vergleichsversuche gewählt werden. Eine ähnliche Einrichtung ist in Meiningen durch die Wahl von Friedensrichtern eingeführt worden[30]).

---

26) S. die oben in Note 5 angeführten Schriften.

27) Eine Tabelle über die Zahl der gestifteten Vergleiche in meiner Zeitschrift für ausländische Gesetzgebung IV. Bd. S. 492.

28) Puchta im Archiv für civilist. Praxis XX. Bd. S. 421.

29) Preuß. Kabinetsordre v. 1826. Janke, über das Schiedsmannsinstitut in Preußen. Berlin 1835.

30) Meining. Gesetz vom 22. Juni 1835 und Instruktion v. 7. November.

Anträge zu ähnlichen Einrichtungen sind auch neuerlich auf dem Landtage in Baden [31]) und im Großherzogthum Hessen [32]) gemacht worden. Prüft man diese Vorschläge näher, so stammen sie zwar aus dem achtungswürdigsten Streben, den Partheien ein Mittel an die Hand zu geben, auf die einfachste und wohlfeilste Weise ihre Streitigkeiten beizulegen; es liegt ihnen die Ansicht zu Grunde, daß in vielen Prozessen nur Mißverständnisse obwalten, oder der Ausspruch des Richters nach einem langen Prozesse eigentlich auch nur der Ausspruch eines billigen Mannes ist, so daß durch einen, mit dem Vertrauen der Partheien geschmückten, die Verhältnisse schnell durchschauenden Mann auch schon vor der Anstellung des Prozesses eine Vermittelung bewirkt werden kann. Allein auf der andern Seite liegt diesen Vorschlägen doch auch die irrige Ansicht zum Grunde, daß alle Prozesse nur Folge der Bosheit einer Parthei seyen. Die Erfahrung lehrt, daß es bei sehr vielen Prozessen vergeblich ist, einen Vergleich zu versuchen. Auch ist die Ausführung dieser Vorschläge nicht so leicht als Manche sich denken; denn schon die Wahl der Schiedsmänner ist schwierig. Der vielbeschäftigte Geschäftsmann, der wirklich zum Vergleichsstiften taugte, wird nicht leicht die Wahl annehmen, und ein Gesetz, das ihn dazu zwingt, dürfte doch zu hart seyn. Soll die Anstalt wirksam seyn, so müßten in sehr kleinen Bezirken, damit die Partheien nicht zu weit zu gehen brauchen, Vermittler gewählt werden; tüchtige Personen überall zu finden,

---

31) Auf dem Landtage von 1837 durch die Motion von Welcker. Die Kammern traten dem Vorschlage bei. S. v. Kettenacker, über Vergleichsgerichte. Freiburg 1837.

32) Linde im Archiv für civilist. Praxis XX. Bd. S. 308 bis 316.

möchte aber schwierig seyn. Will man die Bürger zwingen, daß jeder, ehe ein Prozeß angestellt wird, vor dem Vermittler erscheine, so ist es ein kaum zu rechtfertigender Zwang; spricht man keinen Zwang aus, so nützt das Institut nichts. Ist aber auch der Vergleich geschlossen, so entstehen neue Schwierigkeiten. Man müßte darüber eine Urkunde aufnehmen und derselben die Kraft einer öffentlichen geben. Jeder weiß aber, wie schwierig eben die Aufnahme einer Vergleichsurkunde ist, damit nicht neue Schwierigkeiten entstehen. Nur ein tüchtiger Jurist kann eine solche Urkunde recht zweckmäßig abfassen. Kaum darf man hoffen, überall unter den Vermittlern solche Personen zu finden, welche die nöthigen Eigenschaften zur Abfassung der Urkunden besitzen.

5) Einen beachtungswürdigen Vorschlag macht das neueste bernische Gesetz[33], nach welchem jede Parthei, welche streiten will, zuerst bei dem Richter wegen des Aussöhnungsversuchs sich melden muß, worauf der Richter, ohne Untersuchung der Sache einen unpartheiischen und tüchtigen Mann beauftragt, die Partheien mit ihren Gründen zu vernehmen, und ihnen zweckmäßige Vorschläge zu machen; gelingt diesem Manne der Vergleich, so läßt er ihn niederschreiben. Allerdings mag in einem wenig prozeßsüchtigen Lande, wo alles mehr den Charakter des Friedens annimmt, wo in achtungswürdiger Einfachheit der Sitte ein Band des Vertrauens die Gemeindeglieder umschlingt, oder wo eine gute Gemeindeverfassung den Sinn für Gemeindewesen lebendig erhält, die Autorität eines solchen Mannes, den alle Bürger verehren, wohlthätig wirken; schwerlich aber möchte ein solches Verhältniß von allen Gegenden

---

33) Gesetzbuch über das gerichtl. Verfahren Art. 131—138.

Deutschlands gerühmt werden können. Bei der Ausführung des Vorschlags stößt man aber bald auf die Schwierigkeit, welchem Manne der Richter dies Geschäft überlassen soll. Die Klage über Gunst des Richters, über Mangel des Vertrauens wird unvermeidlich seyn. Ist der Gewählte ein Jurist, so geht es wie bei No. 4, ist er es nicht, so weiß man nicht, wie er Vorschläge machen soll, wozu immer eine Rechtseinsicht gehört. Auf Salomonische Urtheile dürfen unsere Gesetzgeber nicht viel rechnen[33a]).

II. Nicht weniger bestritten ist die Frage: wann der Vergleich versucht werden soll?

a) Geschieht es vor Anfang des Prozesses oder sogleich nach Einreichung der Klage, so nützt das Institut nichts, theils weil die Partheien noch zu sehr erbittert in vielen Fällen sind, theils weil sie selbst ihre wechselseitigen Ansprüche und Gründe noch wenig kennen, theils weil auch der Vermittler keine Gründe hat, Vergleich zu versuchen, da er selbst keine gehörige Uebersicht von dem Streite hat, und daher nur schwankend und halb instruirt sich erklären kann[34]).

33a) Merkwürdig ist die Erfahrung, welche man in jenen Kantonen der Schweiz, in welchen besondere Vermittler gewählt werden, über die Vergleichsstiftung macht. Nach offiziellen Tabellen wurden im Kanton Zürich 1832 von 7070 an die Vermittler gelangten Sachen 4427, im Jahr 1833 von 6746 — 4120, im Jahr 1834 von 7001 — 4041, im Jahr 1835 von 6918 — 4143, im Jahr 1836 von 7058 — 4112 Sachen vermittelt. Im Kanton St. Gallen wurden 1836 von 4677 an Vermittler gebrachte Sachen 2946, im Jahre 1837 von 4920 — 3059 vermittelt. Uebrigens zeigt sich in den einzelnen Bezirken wieder ein höchst verschiedenes Verhältniß.

34) Offenbar bedarf es einer Unterscheidung der Fälle, um die Zeit der besten Wirksamkeit des Vergleichs zu bestimmen. S. Zeiller, a. a. O. S. 38.

b) Viel zweckmäßiger scheint es, wenn man, wie der preußische Prozeß[35]), erst nach den zur Herstellung des Streitpunktes nothwendigen Verhandlungen, nach der, der deutschen Duplikhandlung entsprechenden Verhandlung den Vergleich versuchen läßt. Allein auch hier ergeben sich Bedenklichkeiten, da die Partheien, wenn sie einmal schon so lange gestritten haben, nicht sehr geneigt zum Versöhnen sind, indem sie, wenn sie das Urtheil abwarten, nichts wagen. Auch scheint der Vorwurf, den die Partheien dem Gesetzgeber machen können, nicht zu beseitigen: warum er erst mit großen Kosten sie prozessualisch habe verhandeln lassen, um am Schlusse das zu versuchen, was man auch ohne Kosten schon vor Monaten, oder oft vor Jahren eben so gut hätte versuchen können. Selbst der Richter ist bei diesem Versuche in Verlegenheit, da er in jedem Augenblicke das Urtheil aussprechen könnte, gleichsam bei sich schon gesprochen hat, und nur mit einer geheimnißvollen Miene die Partheien warnen soll, die Götter nicht zu versuchen, und das Urtheil nicht abzuwarten. Nur da, wo nach den ersten Verhandlungen noch kein Definitivurtheil zu fällen ist, wo erst eine weitläuftige, kostspielige Beweisperiode den Partheien bevorsteht, könnte ein Vergleichsversuch am Platze seyn, und hier läßt sich nicht verkennen, daß im preußischen mündlichen Prozesse, im Zusammenhange mit der Regulirung des status causae und mit der Einrichtung, nach welcher keine Interlocute gefällt werden, der Sühnversuch zu dem Ganzen weit besser, als zu dem deutschen schriftlichen Prozesse paßt [36]).

---

35) Preußische Gerichtso. Tit. XI. S. über den Zeitpunkt gut Puchta, Beiträge S. 339 und Arco, über die Zunahme der Berufungen S. 97.

36) In Würtemberg soll er nach der Novelle von 1822 §. 21 nach der Regulirung des status causae geschehen. Schütz, Würtemberg. Prozeß S. 279.

III. Frägt man: ob in allen Fällen der Vergleich versucht werden soll, so daß der Versuch Grundbedingung der Klageanstellung[37]) wird, wie dies z. B. das französische Gesetzbuch vorschreibt, so scheint dies ein ungerechter verzögerlicher Zwang zu seyn, daher auch der französische Codex Ausnahmen bestimmt hat, in welchen der Versuch nicht nöthig ist[38]). Erwägt man aber alle bisher angegebenen Schwierigkeiten, so ergiebt sich, daß auch hier das Generalisiren geschadet hat. Vergleichsversuche können nur nützen: a) wo sie auf das Daseyn eines hohen Grades von Vertrauen, und die Wirksamkeit einer sittlichen und geistigen Autorität des Vermittlers berechnet sind, b) nur in Fällen, wo die Klage häufig nur die Folge momentaner Aufwallung ist, oder wo durch das Prozeßführen Nachtheile entstehen, indem die Eintracht und der Friede in der Familie oder Gemeinde gestört würde, oder wo endlich das ganze in Streit befangene Rechtsverhältniß selbst so unbestimmt und von individuellem Ermessen abhängig ist, daß selbst der Richterspruch nur als eine Art von regulirter Vermittlung erschiene; daher lassen sich Vergleiche anwenden α) bei ehelichen Streitigkeiten, β) bei Streitigkeiten mehrerer Familienglieder unter sich, γ) bei Streitigkeiten von zwei oder mehreren Gemeindegliedern, δ) bei einigen Klagen aus Verträgen, auf welche der obige Grund paßt, und worauf die Römer wahrscheinlich schon bei ihren actionibus arbitrariis hingewiesen haben. ε) auch bei allen Streitigkeiten, wo der Richter oft durchaus keinen sicheren Anhaltspunkt der Entscheidung findet, wo richterliches Ermessen und gütliches

---

37) S. v. Zeiller a. a. O. S. 36.

38) Code Art. 49.

Ausgleichen die Hauptsache ist, z. B. bei Kriegsschadenausgleichungen, auch bei manchen präparatorischen und Inzidentpunkten läßt sich für Vergleichsversuche viel sagen [39].

IV. Unnöthig endlich dürfte nach dem Bisherigen der Beweis seyn, daß es Ungerechtigkeit ist, wenn man denjenigen, welcher sich nicht vergleichen will, mit irgend einem Nachtheile, wenn er auch sehr entfernt ist, belegen will. Nur die Ertheilung des Zeugnisses an den Kläger kann in Fällen No. III., wo der Vergleich nützen kann, die einzige Folge seyn, wenn der zum Vergleichstermine Vorgeladene ausbleibt, oder sich nicht versöhnt. Die badische Prozeßordnung von 1831 [40]) macht nur dem Richter zur Pflicht, den Vergleichsversuch in verwickelten oder zweifelhaften Rechtssachen zu machen, schreibt ihn vor als nothwendig nur in Streitsachen zwischen Eheleuten und den nächsten Verwandten, und erklärt als schicklichen Zeitpunkt zum Vergleichsversuch den, wo der Richter durch den Vortrag der Gründe und Gegengründe, vor oder nach förmlicher Verhandlung, sich über die Streitfragen und den wahrscheinlichen Ausgang der Sache eine Ansicht gebildet hat.

---

§. XIII.

Eventualmaxime.

Jede Gesetzgebung wird zu Mitteln schreiten, durch welche der ins Unendliche getriebenen, durch die

39) S. vorzüglich Puchta, Beiträge S. 337.

40) Titel XXXIX. Art. 791 — 796.

Prozeßsucht von Partheien oder durch ihre Absicht, Zeit zu gewinnen, leicht veranlaßten Verzögerung entgegengewirkt wird. Dahin zielen die Vorschriften über die Fristen und über die Ungehorsamsstrafen ab; tiefer eingreifende Mittel sind die Vorschriften über Prozeßverjährung und das Eventualprinzip (Eventualmaxime) [1]. Unfehlbar gehört die letzte zu den trefflichsten Vorschriften des gemeinen deutschen Prozesses. Sie besteht in dem Grundsatze [2], nach welchem die Partheien alle ihre Vertheidigungs-, Rechtsverfolgungs- und Beweis-Mittel, deren sie sich in dem Prozesse bedienen wollen, und in soferne sie concurrirender Natur in der Art sind, daß sie in einem Zeitpunkte eben so wohl als im anderen vorgebracht werden können, auf einmal, und wenn sie auch nicht alle nothwendig seyn sollten, wenigstens eventuell vorzubringen schuldig sind, und wo zugleich der Richter noch über alle zur Entscheidung ihm vorgelegten und hiezu bereits reifen Punkte auf einmal verfügen und entscheiden soll.

Diese in dem römischen Prozesse noch nicht bekannte [3], in dem canonischen Prozesse und der Praxis der geistlichen Gerichte schon zum Theil entstandene [4], in den Reichsgesetzen [5] erst allmählig

---

1) Martin, Lehrbuch des gem. Prozesses §. 101. Linde, Lehrbuch §. 144.

2) Brandis, de eo, quod in litibus sub conditione fieri debet. Goett 1830. Weiske, Archiv für prakt. Rechtskunde 1. Heft S. 25. Albrecht, die Ausbildung des Eventualprinzips im gem. Prozesse. Marburg 1837. Seuffert, Handbuch des bürgerl. Prozesses I. Bd. S. 346.

3) Goldschmid, über Litiscontestation und Einreden S. 20. Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen II. Bd. S. 206.

4) Der sächs. Prozeß kannte sie schon früh. Schweizer, sächs. Prozeß S. 129.

5) J. R. A. von 1654 §. 34. 37. 48. 70. 78. Albrecht, S. 26—36.

ausgebildete Maxime bewährt ihre Anwendung a) bei dem Vorbringen des Präjudizialpunktes mit der Hauptsache; b) bei dem Vortrage dilatorischer Einreden mit der Litiscontestation; c) bei Anbringung aller Einreden auf einmal mit der Einlassung in den Streit; d) bei Verpflichtung des Klägers in Vorbringung der Repliken; e) bei Antretung des Beweises durch alle Beweismittel auf einmal. Unverkennbar kürzt dieser Grundsatz Prozesse mehr als jede andere Form ab, macht es den Partheien möglich, ihr Gesammtrechtsverhältniß auf einmal dem Richter vorzulegen, und setzt den Richter in den Stand, durch ein erschöpfendes Urtheil den Streit in allen Wurzeln zu entscheiden. Mit Unrecht aber glaubt man, daß diese Maxime wieder beliebig jeder Prozeßform angepaßt werden könnte, sie hängt bei schärferer Betrachtung genau mit dem schriftlichen Verfahren zusammen [6]), und liefert einen neuen Beweis des Vorzugs dieser Prozeßform. Da bei dem schriftlichen Verfahren jede Parthei auf einmal hinreichend mit allem gegen sie Vorgebrachten bekannt wird, so kann man auch verlangen, daß sie erschöpfend sich darauf erkläre; da sie nicht überrascht wird und schriftlich antwortet, fehlt es ihr nicht an Zeit, eine vollständige, wohl überlegte Antwort zu geben, wozu auch durch Fristenverlängerungen nachgeholfen werden kann. Der Richter aber, der bei seiner Entscheidung alle schriftlichen Erklärungen vor sich hat, kömmt in den Stand, auf einmal das gesammte Vorbringen im Zusammenhange zu würdigen, und erschöpfend darüber zu entscheiden. Auch liegt in dem Vorbringen des Mehreren und selbst des Ueberflüssigen keine Härte für die Partheien, weil alles nur in einer

---

6) Albrecht, a. a. O. S. 18.

Gesammtschrift vorgebracht wird, und keine nöthig hat, in abgesonderten Sitzungen zu erscheinen. Ganz anders ist es aber bei dem mündlichen Verfahren.

1) Wenn in diesem Verfahren ein Punkt vorgebracht wird, so kömmt er häufig für den Gegner überraschend. Genöthigt sich sogleich mündlich unvorbereitet darüber zu erklären, muß die Parthei fordern können, daß man durch vieles Vorbringen auf einmal sie nicht verwirre und ihr eine genügende Antwort nicht unmöglich mache. Der vorgebrachte Punkt kann als präjudiziell vielleicht betrachtet werden, der Vorbringende kann fordern, daß man darüber entscheide, und zwar

2) weil bei dem mündlichen Verfahren die Pflicht, alles auf einmal und selbst Ueberflüssiges vorzubringen, eine Härte für die Parthei seyn würde, indem die Verhandlung nach Sitzungen, die deswegen vermehrt werden müssen, ihr Kosten machte und eine unnöthige Last aufbürdete, während bei dem schriftlichen Verfahren Alles in einer Schrift beendigt wird.

3) Die Verhandlung nach Sitzungen verlangt aber eine Beschränkung auf einen bestrittenen Punkt schon deswegen, weil nichts aufgezeichnet wird, weil der Parthei nicht zugemuthet werden kann, viele verwickelte Punkte zu behalten, weil durch das Durcheinanderwerfen so vieler Punkte, worüber sich die Parthei mündlich erklären soll, Verwirrung im mündlichen Vortrage entstände, der leicht vermieden wird, wenn jede Parthei sich nur über einen Punkt zu erklären hat, und darüber so lange verhandelt wird, bis dieser Punkt entschieden werden kann.

4) Selbst wegen der Richter kann die Eventualmaxime bei einem mündlichen auf Sitzungen berechneten Verfahren nicht in voller Ausdehnung

Statt finden, weil es den Richtern unmöglich wäre, die Resultate Monate, oft selbst Jahre langer, auf alle Punkte gleich ausgedehnter Verhandlungen im Gedächtnisse zu behalten und darüber auf einmal, wo keine Akten seine Berathung begründen, zu entscheiden; nur abgesonderte Entscheidungen über jeden einzelnen Punkt entsprechen einer solchen Verhandlung.

Eine Gesetzgebung, nach welcher, wie z. B. in der preußischen, die Partheien zu Protokoll vernommen werden, gestattet zwar ebenfalls die Anwendung der Eventualmaxime, nur tritt auch hier wieder das Ermessen des Richters ein, der nach der Aufgabe, Wahrheit auf die schnellste und sicherste Weise zu erforschen, in jedem Falle verfügt, ob abgesonderte Instruktion einzelner Punkte oder Gesammtinstruktion aller eintreten soll [7]. Unverkennbar hängt die Ansicht von dem successiven Vorbringen der Verhandlungen mit dem ganzen Prinzip des preußischen Prozesses zusammen, nach welchem der Instruent die vollständigste Grundlage der Entscheidung aus den Vernehmungen der Partheien zu gewinnen suchen muß; was zur Begründung der Klage oder einer Einwendung dient, muß danach berücksichtigt werden, und eine Gesetzgebung, welche von der Idee der möglichsten Erreichung des materiellen Rechts ausgeht, kann nicht auf einen bestimmten Zeitpunkt sehen; die ganze Verhandlung von der Aufnahme der Klage bis zur Regulirung des status causae, ist eine ununterbrochene Aufnahme aller Behauptungen der Partheien [8]. Von den neueren Gesetzgebungen

---

7) Anweisung hiezu in Gerichtsordnung Tit. X. §. 60—81. S. jedoch Zum=Bach, vollständige Gegeneinanderstellung S. 170.

8) Puchta, Beiträge S. 12.

gestattet die würtembergische [9]) abgesonderten Vortrag der Antwort auf die Klage und im späteren Termine erst den Vortrag der Einreden, wobei gegen die Eventualmaxime bemerkt wird, daß im mündlichen Verfahren der Zweck der Beschleunigung viel sicherer durch Zulässigkeit der Trennung der Vertheidigungsmittel erreicht werde. Möge nicht die Erfahrung beweisen, daß die neue Anordnung eben so zum Nachtheile mißbraucht werden könne, wie es vor dem jüngsten Reichsabschiede bei den Reichsgerichten der Fall war! Im Edikte über den Rechtsgang bei höheren Gerichten, also im schriftlichen Verfahren, hat dagegen der Gesetzgeber [10]) die Eventualmaxime, freilich mit manchen Ausnahmen beibehalten.

Strenger bleiben die bremische [11]), die badische [12]) und die baierische [13]) Gesetzgebung der Maxime treu. Vorzüglich liefert die Eventualmaxime einen Beleg, wie wenig das Flicken in der Gesetzgebung passen will, wie nachtheilig und innerlich widersprechend eine Gesetzgebung wirkt, welche, indem sie im Ganzen die auf die Verhandlungsmaxime gebaute Prozeßordnung stehen läßt, nur die Mündlichkeit und eine, dem preußischen Prozesse nachgeahmte, Vorschrift in das bisherige System durch eine Novelle überträgt [14]). Wenn ein solches neues Gesetz mündliche

9) Organisat.=Edikt §. 91. 92. Motive S. 28.

10) v. 22. Sept. 1819. §. 6. Schütz, würtemberg. Prozeß S 223 sagt, daß die Novelle die Eventualmaxime soviel als aufhob.

11) Bremische Gerichtso. Tit. 18. §. 249. S. jedoch §. 248. S. neue Gerichtso. v. 1820 §. 146—152.

12) Die badische Prozeßordn. v. 1831 §. 291—300 hält (mit wenigen Ausnahmen) streng am deutschen Eventualprinzip.

13) Nach der Prozeßnovelle v. 1837 §. 24—28 befreien selbst von der Streitseinlassung die prozeßhindernden Einreden nicht mehr.

14) Puchta, Beiträge S. 10—14.

Instruktion gebietet, und das beibehaltene Gesetz erklärt, daß alle, nicht mit der Litiscontestation vorgetragenen Einreden präludirt werden sollen, so wird theils die Aufgabe der mündlichen Verhandlung, nach welcher die Resultate des fortgesetzten gegenseitigen Vorbringens wieder Stoff zu neuen Entwickelungen von Resultaten geben müssen, gar nicht erreicht werden können, theils wird die neue Bestimmung höchst gefährlich in der Hand eines ungeübten oder leichtfertigen Instruenten; die schüchterne, von keinem Advokaten berathene Parthei giebt, so gut sie es weiß und für nöthig hält, auf die Fragen des Instruenten Antwort, und nur zu spät zeigt sich dann, daß in dem zweiten Termine mit der Antwort auf die Haupsache alle Einreden nicht vorgebracht worden sind. Nur der Richter, nicht die Parthei, trägt an einer solchen Versäumung Schuld. Die Aufgabe einer Gesetzgebung muß die seyn, bei der Anordnung des Eventualprinzips nicht dieselbe über ihre natürlichen gerechten Gränzen auszudehnen, und einen harten Zwang für die Partheien herbeizuführen, oder selbst die logische Anordnung der Vorträge zu stören und Verwirrung zu veranlassen. Diese Rücksicht wird von Bedeutung bei solchen Prozeßhandlungen [15]), welche zu einander in einem conditionellen Verhältnisse stehen, z. B. Klage und Einrede, Replik oder der Gegenbeweis zu dem Hauptbeweise. Es würde unpassend seyn, wenn der Gesetzgeber vorschriebe, daß der Kläger zugleich mit der Klage auch alle Repliken, wodurch er die ihm bekannten Einreden des Beklagten zerstören will, anführen sollte; denn dies Antizipiren der Replik würde, wie schon immer die Praktiker anerkannten, selbst eine Verwirrung in

---

15) Gut Albrecht a. a O. S. 12. 69.

das Verfahren bringen. Es würde aber auch drükkend seyn, wenn der Richter in dem Beweisurtheile dem Beklagten auflegen wollte [16]), in der nämlichen Frist seinen direkten Gegenbeweis anzutreten, in welcher der Kläger seinen Hauptbeweis antreten muß; denn da, wo der letzte nicht angetreten wird, ist ja der Gegenbeweis unnöthig, und so ist es wohl zweckmäßig, wenn der Beklagte erst für schuldig geachtet wird, den Gegenbeweis dann anzutreten, wenn ihm die Beweisantretungsschrift des Klägers insinuirt worden ist. Auch muß überhaupt da, wo das Eventualprinzip auf richterliche Dekrete und Urtheile angewendet werden soll, dem Ermessen des Richters das Meiste überlassen werden [17]); ein gesetzlicher Zwang wirkt leicht nachtheilig, da nur die besonderen Umstände des Falles lehren können, ob das Prinzip zweckmäßig angewendet werden kann. Interessant ist es noch, dem Gange des franz. Prozesses nachzuspüren, in welchem aus oben angegebenen Gründen die Maxime nicht zu finden ist [17a]). Nach den Gesetzen soll die Einrede wegen fehlender Caution [18]) vor jeder anderen Einrede vorgebracht und entschieden werden. Eben so soll die exceptio fori incompetentis [19]) vor allen übrigen Einreden vorgetragen werden, und ist Gegenstand vorläufiger Entscheidung. Einreden, welche aus den Nullitäten abgeleitet werden, fordern [20]) eine Vorbringung vor

---

16) Daher erklärt sich gegen die Ausdehnung des Eventualprinzips auch Heise und Cropp, jurist. Abth. I. II. Bd. S. 279. S. aber Albrecht, S. 58.

17) Weber, Paraphrase zu Martin, S. 297.

17a) Rauter, Cours de la procédure p. 120. in Not.

18) Code de procéd. Art. 166.

19) Art. 169. 172.

20) Art. 473.

jeder anderen Einrede oder Vertheidigung, die Einrede der Incompetenz ausgenommen. Nicht weniger werden alle dilatorischn Einreden 21) vor der Litiscontestation (défenses au fond) vorgebracht, jedoch ist eine Vorbringung aller solcher auf einmal vorgeschrieben 22).

Nicht blos die dilatorischen, sondern auch die peremtorischen Einreden werden vor der défense au fond vorgebracht, weil nach der französischen Ansicht eine Einrede, wenn sie gegründet ist, von der Verpflichtung die Hauptsache zu verhandeln befreit 23), daher die Richter die Verhandlung in der Hauptsache, oder die Litiscontestation nach der deutschen Sprache dem Beklagten erst dann auflegen können, wenn sie die Einrede verworfen haben 24). Es gründet sich dies in der französischen Praxis angenommene System auf die Autorität der Ordonnance von 1667 25). Merkwürdig ist dabei noch das Recht, eine peremtorische Exzeption in jeder Lage des Streits zu jeder Zeit, selbst in der Appellationsinstanz, vorzutragen 26). Die französische durch Arrêts des Cassationshofes 27) unterstützte Praxis führt, da das Gesetz schweigt, als Autoritäten das römische Recht 28) und Aussprüche 29) der Commentatoren zur Ordonnance an. Uebrigens hängt bei dem mündlichen

---

21) Art. 186.

22) Ueber Anordnung derselben. S. Pigeau, I. p. 129.

23) Berriat St. Prix, I. p. 205.

24) Pigeau, la procédure civile I. p. 198.

25) Ordonnance Tit. V. Art. V.

26) Berriat St. Prix, l. c. p. 206.

27) Arrêt v. 24. Vend. an XII. 4. Avril 1810. 5. Maerz 1810.

28) L. 2. Cod. sentent. rescind. L. 4. Cod. de except.

29) Besonders Rodier, questions Tit. V. quest. 5. Art. 2.

Verfahren des französischen Prozesses sehr viel von der Klugheit und der Energie des Gerichts ab. Wenn auch über die einzelnen Einreden nur successiv plädirt und entschieden wird, so kann dies doch ohne besondere Verzögerung des Prozesses geschehen, wenn das Gericht, sobald es über eine Einrede entschieden hat, den Advokaten anhält, sogleich in der nämlichen Sitzung seine weiteren Vertheidigungsgründe vorzutragen, und nur in besonderen schwierigen Fällen für eine folgende Sitzung die Verhandlung verschiebt [30]. In den neuesten Gesetzgebungen, welche dem französischen Verfahren nachgebildet sind, aber eine schriftliche Grundlage fordern, z. B. in der badischen, hat man das Eventualprinzip strenger in der Art anzuwenden versucht [31], daß man bei dem Beklagten voraussetzt, daß er in seiner, vor der Audienz einzureichenden Vernehmlassung alle seine Einreden mit der Antwort auf die Klage vortrage und in der Sitzung alle Antworten auf das thatsächliche Vorbringen des Klägers und alle zulässigen eigenen neuen thatsächlichen Anführungen entwickele. Eine strenge Durchführung der Eventualmaxime, wie im deutschen Prozesse, kömmt jedoch im badischen Prozesse nicht vor [32]. Die neue holländische Prozeßordnung [33] fordert den Vortrag aller dilatorischen Einreden auf einmal, und ebenso alle peremtorischen Einreden (mit wenigen Ausnahmen) zugleich mit der Antwort auf

---

30) Holzschuher, der Rechtsweg S. 301, wo jedoch gegen die Eventualmaxime Bedenklichkeiten angegeben werden, weil dadurch das materielle Recht leiden könne.

31) Bad. Prozeßordn. v. 1831 Art. 1109. 1115.

32) Controversen in den Annalen der bad. Gerichtshöfe 1832 S. 16. 112. 42.

33) Von 1837 Art. 137.

die Klage, so daß der Beklagte, wenn er später eine Einrede vorbringt, die Kosten des bisherigen Prozesses bezahlen muß.

---

§. XIV.

Mündliches und schriftliches Verfahren.

Ein Gegenstand besonderer Berathungen ist in neuerer Zeit die Frage über den Werth des mündlichen oder schriftlichen Verfahrens geworden. Bei der Prüfung des darüber geführten Streites überzeugt man sich bald, daß man häufig unbekümmert um die möglichen verschiedenen Formen sich nicht gehörig verständigt hat, so daß mancher, welcher mündliches Verfahren pries, eine andere Form sich dabei dachte als sein Gegner. Betrachtet man die Formen, welche die Gesetzgebungen uns aufzeigen, so findet man folgende [1]:

I. entweder ist die persönliche Erscheinung der Partheien völlig unnöthig; der Prozeß wird nur durch Schriften geführt, so daß die Richter nur auf die darin aufgestellten Behauptungen und Bestreitungen entscheiden, indem die bei Gericht eingereichten Schriften (Partheienschriften) von den streitenden Theilen oder von ihren Bevollmächtigten als die vollständig ihre Versuche und Erklärungen enthaltenden Willensäußerungen erklärt werden;

II. oder die Prozeßform ist auf das persönliche Erscheinen der Partheien selbst oder doch ihrer Ver-

---

1) S. Feuerbach, Beitr. über Oeffentlichkeit S. 207.

treter bei Gericht berechnet, und zwar a) so, daß die Partheien blos mündlich ihre wechselseitigen Anträge aussprechen, ihre Gründe angeben, worauf ohne weitere Vorbereitung vom Richter entschieden wird, was in einfachen summarischen Fällen leicht möglich und gewöhnlich ist; oder b) so, daß die von den Partheien vorgetragenen Thatsachen, Gesuche, Gründe auf irgend eine Art fixirt und zur künftigen Benutzung bleibend gemacht werden. Ohne eine solche Fixirung kann aber, sobald die Gesetzgebung ausgebildeter, die Fälle verwickelter und Prozesse förmlicher werden, der Prozeß nicht bestehen, weil sonst Niemand weiß, was vorgetragen, was behauptet, was zugegeben ist, weil die Partheien sonst immer über das angeblich vorgebrachte Streiten zum Abläugnen eingeladen und durch Nichts controlirt werden könnten, weil selbst die Richter nicht mehr wüßten, auf welches Vorbringen sie sprechen sollten, und eine Appellation an den höheren Richter unmöglich würde. Es läßt sich auch nicht bezweifeln, besonders wenn man die römischen Grundsätze über Klageänderung erwägt, daß schon im römischen Prozesse die actiones, formulae u. a. einen solchen Zweck der Fixirung des vor dem Prätor Vorgebrachten zum Gebrauche für den Judex hatten. Die Geschichte des Prozesses lehrt auch, daß die erste Spur des schriftlichen Verfahrens überall in den Vorverhandlungen sich findet; eine schriftliche Klage ist das Erste, und andere Prozeßschriften kommen erst später vor. Daher darf man auch behaupten, daß es kein reines mündliches Verfahren gebe, ohne irgend eine Fixirung durch die Schrift, und die Betrachtung der verschiedenen Formen, des neueren mündlichen Verfahrens liefert dafür genügenden Beweis. Die Fixirung des Vorbringens der Partheien geschieht nämlich

A) entweder durch das gerichtliche Protokoll, so daß die Partheien von dem Richter vernommen und die Resultate der Vernehmung erst von dem Richter zu Protokoll genommen werden. Es ist diese Form die des preußischen Prozesses, oder

B) die Partheien geben ihre Behauptungen und Gesuche selbst zu Protokoll, nur mit einer auf die formelle Darstellung sich beziehende Sichtung des Richters, eine Form, die häufig bei dem summarischen Verfahren eintritt, oder

C) die Anwälte der Partheien diktiren, was sie sonst schriftlich übergeben haben würden, mit Einschluß ihrer Deduktionen und Rechtsgründe, zu Protokoll — eine schleppende unter dem Namen: dictamina ad protocollum bei manchen Untergerichten übliche Form, oder

D) die Anwälte der Partheien tragen bei Gericht in einer Sitzung ihre Behauptungen, Gesuche u. a. vor, so daß darauf, ohne weitere Aufzeichnung des Vorgebrachten, entschieden wird. Mit Unrecht würde man in dieser letzten Form, welche die des französischen Prozesses ist, glauben, daß keine schriftliche Grundlage vorkäme. Eine solche liegt vielmehr a) in dem zwischen den Anwälten der öffentlichen Audienz vorhergehenden Verfahren, b) in der Vorschrift der Deponirung der Conclusionen bei Gericht, c) in den Protokollen über die Beweisführung, und d) in dem selbst vom Gericht anzuordnenden schriftlichen Verfahren. Jeder Kläger läßt durch eine freilich sehr mangelhafte, die Klage nur in sich enthaltende Schrift des Gerichtsboten seinen Gegner vorladen, und ihm seine Klage mit den Urkunden, worauf sich Kläger stützt, signifiziren 2). Auf gleiche Weise läßt der

2) Code de proc. Art. 61.

Beklagte, nach geschehener Bestellung des Anwaltes, seine défense dem Kläger signifiziren [3], worauf der Kläger das nämliche Recht hat [4]. Alle diese Schriften, welche zwar durch den Gerichtsgebrauch häufig ihren Charakter verlieren, sollen die Grundlage für die künftige öffentliche Verhandlung bilden, um so mehr, als nach dem Gesetze [5] die Anwälte gehalten sind, ihre Conclusionen drei Tage vor der Sitzung zu signifiziren, und auf der Gerichtsschreiberei niederzulegen. Erwägt man dazu, daß das Gericht gesetzlich verordnen kann und häufig anordnet [6], daß die Partheien ihre Papiere bei Gericht niederlegen, daß selbst ein eigener Schriftenwechsel, der dem deutschen schriftlichen Prozesse sehr ähnlich ist, angeordnet werden kann [7], daß über die Zeugenvernehmungen [8], über das interrogatoire [9], über Augenschein [10] Protokolle, wie im deutschen Prozesse abgehalten, und dann dem Gerichte vorgelegt werden, worüber erst die mündlichen Verhandlungen Statt finden, so kann man schwerlich von einem rein mündlichen Verfahren des französischen Prozesses sprechen, bei welchem der Charakter des mündlichen nur darin besteht, daß hier die Anwälte in den öffentlichen Sitzungen den versammelten Richtern selbst lebendig die Thatsachen, Gesuche und Gründe vortragen, die sie in den vorgekommenen Schriften nur

---

3) Code Art. 75. 77.
4) Art. 80.
5) Décret contenant le réglement pour la police et la discipline des tribunaux v. 30. Maerz 1808. §. 70 – 72.
6) Art. 93. Code de procédure.
7) Art. 95.
8) Art. 269 — 272.
9) Art. 330 — 333.
10) Art. 298.

andeuten, und das, was in deutschen Schriften durch schriftliche Deductionen geschieht, besonders in Ansehung der Rechtsgründe, ohne Aufzeichnung in mündlicher Rede den Richtern erörtern.

Betrachtet man nun die verschiedenen oben angegebenen Formen, so hängt A) die preußische mit der Untersuchungsmaxime zusammen und beruht auf der ursprünglichen Voraussetzung des Gesetzgebers, daß die Partheien persönlich erscheinen würden. Aus begreiflichen Ursachen trifft diese Voraussetzung häufig nicht ein, die Justizkommissarien erscheinen in Preußen für die Partheien, wie in den übrigen deutschen Staaten die Advokaten, und weder der Zweck des Gesetzes, daß das Faktum rein und unentstellt aus dem Munde der Partheien selbst dem Richter bekannt werde, ist zu erfüllen, noch ist die berechnete Zeitersparung gewonnen, so, daß selbst preußische Schriftsteller 11) erkennen, daß in der Erfahrung der Geist der preußischen Prozeßordnung verfehlt wird, und daß schriftliche Anträge viel zweckmäßiger als die Protokolle wirken würden. Die zweite Form B) dagegen kann nie entbehrt werden, sie ist verkürzend und reicht in einfachen Fällen immer zu, den Richter in den Stand zu setzen, ein Urtheil zu fällen; nur darf sie nicht über die natürliche Gränze einfacher Fälle ausgedehnt und nicht durch Zwang als eine allgemeine Form den Partheien aufgedrungen werden. — Eine durchaus verwerfliche Form ist aber C) die des Rezessirens, sie will dem schriftlichen Verfahren sich näheren und Vortheile desselben sich aneignen, bleibt aber immer ein schlechtes Surro-

---

11) S. Bessel, über die Gesetz. für die Rechtspflege S. 4. Niederrhein. Archiv II. Bd. S. 269. IV. Bd. S. 303. Mathis, jurist. Monatschrift XI. Bd. S. 19.

gat, um so mehr, als dadurch Zeitverlust für die Partheien, die Advokaten und Richter entsteht, das Schreiberpersonal bei den Gerichten vermehrt, das Lokal erweitert werden müßte, und den Richtern die Zeit, welche sie zur Entscheidung der Rechtssachen und zum eigenen Studium verwenden könnten, nutzlos geraubt wird [12]). Entschieden die glänzendste Seite bietet die vierte D) Form dar; die durch sie den Richtern gewährte lebendige, treue Auffassung aller Thatsachen, die Sicherheit für die Partheien, daß das Gericht ihr Vorbringen auch unentstellt und nicht erst durch fremde Media erfahre, sind Vorzüge, welche die übrigen Formen zu entbehren scheinen; auf ihre Rechnung kommt auch die Entfaltung und Uebung der leider vernachlässigten Beredsamkeit, selbst die Erfahrung, daß das mündlich Vorgetragene lebendiger wirke und die Zuhörer ergreife, als das kalte Ablesen des schriftlich Aufgezeichneten, giebt einen neuen Vorzug. Manchen der dagegen vorgebrachten Einwendungen, z. B. daß die Anwälte dazu noch nicht reif seyen, daß es an Rednern fehle, u. a. läßt sich leicht begegnen.

Betrachten wir aber auch dies mündlich französische Verfahren in seiner Wirksamkeit im Leben und im Zusammenhange mit allen Bestandtheilen des Prozesses, so kann nicht übersehen werden, daß dies Verfahren nothwendig die Bestimmung nach Sitzungstagen, eine Vorladung der Partheien oder ihrer Anwälte hiezu, und das Ansetzen der Sache auf die Rolle voraussetzt, und verlangt, daß das nämliche Gericht, welches einmal in einer Sache

---

12) v. Gönner's Motive zum Entwurfe eines Gesetzbuchs, S. 300. Gut Puchta im Archiv für civilist. Praxis XVII. Bd. No. 13.

versammelt war, auch mit den nämlichen Personen in allen späteren Sitzungen bleibe. Zieht man nun die Erfahrung der französischen Gerichtspraxis zu Rathe, so hört man a), daß es schon eine lange Zeit dauere 13), bis die Sache nur auf die Rolle kömmt, was aus der Häufung der Geschäfte und daraus, daß immer nur eine Sache verhandelt werden kann, daß aber eine Reihenfolge nach der Zeit eintreten muß, sich erklärt, b) wenn auch der Tag angesetzt ist, so würde man mit Unrecht glauben, daß es jetzt schon zu einer definitiven Verhandlung käme. Auch hier giebt es Fristenverlängerungen und Vertagungen, deren Bewilligung nicht leicht verweigert wird. Der erste Tag ist aber gar nicht einmal gesetzlich zum Plaidiren bestimmt, sondern die Anwälte sollen nur ihre Anträge machen 14), worauf erst ein Tag zum Plaidiren angesetzt wird. Aber auch an diesem Tage kömmt es nicht immer dazu;

---

13) Es ist interessant die Redaktoren des exposé des motifs de la loi de procédure pour Genève (wo der französische Civilprozeß galt) über das, ohne alle Einwirkung der Gerichte geleitete Vorverfahren zwischen den Anwälten zu hören. Sie sagen S. 53: „on a vu contre le gré et au grand préjudice des parties des procès rester ensevelis dans les études des avoués pendant des mois et des années entières, sans qu'aucune écriture eût été signifiée de part ni d'autre. — Un même besoin d'indulgence avait introduit un mutuel support. Lorsque cédant aux plaintes de sa partie ou las lui même de ces éternels retards un avoué poursuivait l'audience, on y arrivait sans que la cause fût instruite et en état d'être plaidée. Le tribunal, ne pouvant rendre les parties victimes de la négligence de leurs avoués ni se priver des moyens de s'éclairer, était contraint d'accorder de nouveaux délais, d'ajourner encore la cause pour parvenir à son instruction; l'interêt des parties lui en faisait un devoir." S. neue Ausgabe v. 1837 p. 77.

14) Décret sur la police des tribunaux Art. 69, ils sont tenus de poser les qualités et de prendre des conclusions.

nicht selten wird der Anwalt des Beklagten durch das Vorbringen des Klägers überrascht; er sucht Entschuldigungen, um nicht plaidiren zu dürfen, beruft sich darauf, daß er noch nicht von seiner Parthei instruirt sey, und das Gericht verschiebt die Verhandlung mit Recht, weil eine Antwort, wenn er sie doch abgeben müßte, nur oberflächlich ausfallen würde. Plaidirt aber auch der Anwalt des Beklagten, so geschieht es sehr selten (au fond) in der Hauptsache selbst, sondern nur über einen Nebenpunkt, irgend eine dilatorische Einrede u. a., was um so nachtheiliger wirkt als, c) die Eventualmaxime sich auf dies mündliche Verfahren nicht anwenden läßt (§. 13.), daher Monate lang der Prozeß dauern kann, bis es nur zu einer Einlassung in der Hauptsache kömmt, indem über jeden Vorpunkt zuerst verhandelt und entschieden wird. d) Ein anderer Grund der Prozeßverzögerung geht aber selbst aus der Person der Richter hervor; da der einmal bei der Sache Gegenwärtige auch an allen künftigen Sitzungen Theil nehmen muß; so kann es nicht fehlen, daß oft die Sache nicht vorkommen kann, weil einer der Richter, der bei dem vorigen Vortrage saß, anders beschäftigt oder krank ist[15]. e) Erwägt man auch, daß der erzählende mündliche Vortrag der schwierigste ist, so begreift man leicht die Erfahrung, daß gerade der faktische Theil des Vortrags, als der wichtigste, häufig bei dem Plaidiren der schwächste ist, was um so nachtheiliger wird, als f) die vorausgehenden Schriften von Anwalt zu Anwalt nicht zureichende Mittel der Fixirung des Faktums, sondern nur kurze Andeutungen sind, bei welchen es nur auf Vollstän-

---

15) S. selbst zugestanden im niederrhein. Archiv II. Bd. 4 Heft S. 264.

digkeit des Gesuchs ankömmt, und alles auf die künftige mündliche Verhandlung berechnet ist, so daß selbst die in den Vorverhandlungen gestellten Anträge und Conclusionen die Partheien nicht binden, sondern in der Folge geändert werden können [16]. g) Nicht verkennen kann man endlich noch den Zusammenhang dieses Verfahrens mit der Appellation. Da, wo das schriftliche Verfahren den Vortheil gewährt, daß die Akten der ersten Instanz nur an das Obergericht eingesendet werden dürfen, ohne daß dort ein neues Verfahren und eine weitläufige mündliche Verhandlung nothwendig ist, fordert das mündliche Verfahren, bei welchem es an vollständigen Akten fehlt, daß bei dem Obergerichte eine neue, der ersten Instanz ähnliche Verhandlung mit einer beschwerlichen Aufstellung von Anwälten am Sitze des Obergerichts eröffnet werde. Zwar scheint ein in neuerer Zeit oft gerühmter Vorzug des mündlichen Verfahrens, nämlich die dadurch dem Richter gewährte Totalanschauung des Falles, so wichtig zu seyn, daß andere Nachtheile gar nicht in Betrachtung kommen. Allein ein gründlicher Kenner des deutschen und französischen Prozesses hat schon [17]) dargethan, daß diese Anschauung, die allerdings im Criminalprozesse vom höchsten Interesse ist, nicht ebenso auch auf den Civilprozeß passe, indem es in Criminalsachen immer auf die Erkenntniß einer Thatsache in ihrer ganzen Individualität ankomme, diese sich aber nur durch Selbstsehen und Selbsthören erkennen lasse, daß die civilrechtlichen Folgen dagegen blos für Gattungen

---

16) Schon Jousse, Comment. Tit. 5. Art. 5. S. auch Code de proc. Art. 465. Berriat St. Prix, I. Tom. p. 220.

17) Simon in seinem Specialvotum über das mündliche Verfahren, s. niederrhein. Archiv IV. Bd. S. 300.

von Handlungen bestimmt seyen, und es bei Anwendung der Gesetze nur darauf ankomme, ob die Merkmale dieser Gattung vorhanden seyen, wozu es nicht unmittelbarer Anschauung bedürfe. Mit Unrecht glaubte man aber, daß der französische Prozeß auf dieser unmittelbaren Anschauung beruhe, sobald man erwägt, daß a) die Partheien persönlich nicht zu erscheinen nöthig haben, daß die Richter doch nur die Anwälte der Partheien hören; daß b) die Zeugen nicht vor dem versammelten Gerichte, sondern vor einem Gerichtsdeputirten vernommen werden; daß c) selbst die wichtige persönliche Vernehmung der Partheien über Artikel wieder nur von einem Commissär geschieht. —

Ein wichtiges Geständniß aber für die wenigstens relative Trefflichkeit des schriftlichen Verfahrens, giebt der französische Prozeß selbst durch Anerkennung seines schriftlichen aus der Ordonnance von 1667 entlehnten Verfahrens, welches freilich nicht mit dem deutschen verwechselt werden muß. Wenn nämlich das Gericht, nachdem schon die Verhandlung von Anwalt zu Anwalt und die mündlichen Verhandlungen in der Sitzung vorhergegangen sind, findet, daß die Sache noch nicht hinreichend aufgeklärt ist, und wegen ihrer Verwickelung eine längere Berathung nöthig mache, kann es schriftliches Verfahren anordnen [18]; binnen vierzehn Tagen von der Notifikation des Urtheils an, muß der Kläger in einer requête in der Form einer deutschen Deduktionsschrift seine moyens auseinandersetzen, und seine Beweisstücke, die er in der Schrift anzeigt, innerhalb vierundzwanzig Stunden bei der Gerichtsschreiberei produziren und dies durch acte de produit

---

18) Code de proc. Art. 95.

dem Gegner anzeigen. In einem Termine von vierzehn Tagen kann nun der Beklagte davon Kenntniß nehmen, seine Gegendeduktion signifiziren lassen und seine Beweisstücke produziren, worauf alle Akten dem aufgestellten Referenten eingehändigt werden und nun zur Urtheilsfällung geschritten wird [19]). Diesem heutigen Verfahren liegt das, aus dem ehemaligen Gerichtsgebrauche hervorgegangene, in der ordonnance von 1667 [20]) bestätigte *appointement* zum Grunde, welches jedes schriftliche (also ausnahmsweise vorhandene) Verfahren vor dem Parlamente bezeichnete [21]) In der Revolution kam das schriftliche Verfahren außer Uebung, und nur das appointement à mettre erhielt sich im Gebrauche; der geltende Code stellte alte Formen her, jedoch mit Abkürzung und Vereinfachung. — In dem Prozeßgesetze für Geneve ist diese Form, wie sie der Code vorschreibt, abgeschafft, da vielmehr schon am Anfang das Gericht eine zweckmäßige Einreichung von Rechtsschriften verordnen kann, in welchen der Kläger bestimmt, ohne Einmischung von Rechtsgründen, eine ordentliche Klage mit dem geeigneten Gesuche stellen

---

19) Ueber dies Verfahren s. Berriat St. Prix, cours de procédure civile p. 225. Rauter, cours de procédure p. 251. Holzschuher, der Rechtsweg S. 309.
Carré, traité et questions t. I. p. 176.

20) Ordonnance Tit. XI. Art. 9. Tit. XIV. Art. 7. 8.

21) S. gut Delaporte, nouveau Ferriere dictionnaire de droit p. 92 — 94.
Man unterschied appointement à mettre, wodurch verordnet wurde, daß in drei Tagen die Partheien ihre Aktenstücke und dossiers mit einem Inventar, einem als Referenten aufgestellten Richter zu übergeben hätten und appointement en droit, wobei die Partheien selbst eigene Rechtsschriften zur Begründung ihrer Anträge einreichten; man unterschied bei der letzteren wieder a. de junction, a. au conseil, und a. de conclusions.

und der Beklagte kathegorisch und deutlich auf jede Thatsache sich erklären muß. Die Entwickelung der Rechtsgründe gehört dann in die mündliche Verhandlung in der Audienz [22]). Betrachtet man das in Frankreich zulässige schriftliche Verfahren, so tadelt man mit Recht daran 1) mannigfaltige Nachtheile, besonders wegen Zeitverlusts, wenn jetzt erst, nachdem das ganze ordentliche Verfahren schon vorhergegangen ist, ein neuer Prozeß beginnt, der den nämlichen Zweck wie das bisherige Verfahren hat, und alle Vortheile schon vielleicht vor zwei Jahren ebenso gewährt hätte, so daß das bisherige nutzlos ist, obwohl man nicht verkennen darf, daß das französische Recht, welches das schriftliche Verfahren nur als außerordentliches, ausnahmsweise eintretendes kennt, consequent dasselbe nicht früher eintreten lassen darf, als bis sich gezeigt hat, daß das bisherige gewöhnliche nicht zum Ziele führte, wozu auch die Erfahrung der französischen Gerichtshöfe kömmt, daß das schriftliche Verfahren nur selten eintritt. 2) Unnöthig aber ist es, daß auf dies Verfahren in einem Urtheile erkannt wird, welches förmlich signifizirt wird, was großen Zeitverlust und Kosten veranlaßt, obwohl man nicht an ein deutsches Urtheil denken darf, das Appellation zuläßt. 3) Zu weitläufig und unnöthig verzögernd und kostspielig sind die Produktionen und Signifikationen, da sich das, bei der Einreichung der deutschen Conclusionsschriften übliche Verfahren sehr gut anwenden ließe. 4) Unnöthige Beschränkung ist es, wenn das Gesetz [23]) selbst die Zahl der Blätter vorschreibt, so wie 5) nicht genug dafür gesorgt ist, daß der Referent

22) Bellot, exposé des motifs p. 50—56. 64., neue Ausgabe p. 76.

23) Art. 103.

die Sache wirklich zum Vortrage bringe und den Vortrag beschleunige.

Will man aber gerecht seyn, so können freilich auch nicht die Nachtheile, Mißbräuche und Entartungen des schriftlichen Verfahrens verkannt werden, und zwar a) indem es die Partheien nöthigt, von ihrem begründeten Rechte persönlicher Erscheinung und Prozeßführung nicht Gebrauch zu machen und die Streitsführung den Advokaten zu überlassen, weil eine ungeordnete, von einem völlig Ungebildeten aufgezeichnete Schrift durchaus untauglich wäre, während bei einem ungeordneten mündlichen Vortrage der Richter immer noch durch Fragen u. a. nachhelfen kann, weil auch, wenn nur eine Parthei schriftlich zu streiten anfängt, die andere, wenn sie nicht Ungleichheit der Waffen gelten lassen will, zur Aufstellung eines Anwaltes sich gezwungen sieht. b) Nicht zu läugnen ist, daß in den Partheienschriften häufig ganz unnöthige Ausschweifungen gemacht, klare Punkte absichtlich in ein gewisses Halbdunkel gestellt, und andere übergangen werden, so, daß oft der Richter nach geschlossenem Schriftenwechsel den Fall nicht aufgeklärt und den status causae nicht erörtert findet, wobei c) selbst eine Gefahr daraus entsteht, daß die Anwälte die Schriften häufig ohne alle Zuziehung der Partheien entwerfen und beliebig Thatsachen fingiren oder entstellen.

Ueberhaupt kann nicht geläugnet werden, daß die Mündlichkeit der Verhandlung den Vortheil vor der Schrift hat [24]), indem bei der rein schriftlichen Verhandlung eine leicht der Wahrheit schädliche Entfernung der Partheien von ihren Richtern entsteht

24) S. noch Feuerbach, Betrachtungen über Oeffentlichkeit S. 237—240. Puchta, Beiträge zur Gesetzgebung S. 116—118. Holzschuher, der Rechtsweg S. 319.

und dadurch dem Gerichte die Möglichkeit geraubt wird, durch zweckmäßige Fragen jeden durch das Lesen bloßer Schriften immer entstehende Zweifel sich zu lösen. Unverkennbar wird auch mündlicher Vortrag viel lebendiger, er spricht mehr die Zuhörer an, und bewirkt leichteres Verstehen des wahren Sinns des Vortragenden, der so viele Unterstützungsmittel hat, welche bei der Schrift wegfallen. Auch der Gewinn an Zeit darf nicht unberücksichtigt bleiben, in soferne zur nämlichen Zeit schon alle Richter den Inhalt des Vortrags erfahren, während bei der Schrift erst durch Referenten die Verhandlungen zur Kenntniß des Collegiums gebracht werden müssen. Selbst der Umstand, daß bei der schriftlichen Verhandlung die Parthei erst eines fremden Mediums bedarf, durch welches ihre Willensäußerung zu den Akten kömmt, und daß wieder erst durch das Medium des Referenten die Mitglieder des Tribunals den Prozeß erfahren, macht die Anwendung bedenklich.

Auf der anderen Seite muß bei der mündlichen Verhandlung zugegeben werden [25]), daß dort zu leicht Ungleichheit der Kräfte wirkt, indem die Gabe der Rede zu selten ist, zu sehr von augenblicklichen Körper- und Gemüthsstimmungen abhängt, und so eigenthümlich wirkt, daß nur zu oft dem Vortragenden wichtige Punkte entgehen.

Dagegen ist nicht zu übersehen, daß dies schriftliche Verfahren auf der anderen Seite wieder bedeutende Vortheile gewährt; a) indem es, ohne daß es die Richter in Sitzungen mit Zeitverlust nöthigt, zerstreut

---

25) Feuerbach a. a. O. S. 263. ꝛc.
Einen sehr gründlichen Aufsatz über Nachtheile der reinen mündlichen Verhandlung im Waffenträger der Gesetze. I. Bd. 4. Heft S. 72.

und in abgebrochenen Zeiträumen die Partheienvorträge zu hören, und immer nur einer Sache lange Sitzungen zu widmen, das Gericht in den Stand setzt, eine große Zahl von anhängigen Prozessen zu gleicher Zeit zu verhandeln, da die Einreichung der Schriften und das Decretiren darauf nicht an bestimmte Sitzungstage gebunden ist, und daher der Kläger nicht Monate lang zu warten braucht, bis seine Sache auf die Rolle kommen kann. b) Selbst gegen das mündliche preußische Verfahren gewährt das schriftliche den Vorzug der Beschleunigung, weil der Richter nicht Zeit auf die (wenn sie zweckmäßig geleitet werden sollen) lange dauernden Vernehmungen der Partheien verwenden muß, und daher besser in dieser Zeit die anhängigen Rechtsstreitigkeiten entscheiden kann. c) Es enthalten auch die Schriften vollständiger und fixirter, als es bei einer anderen Form möglich ist, die Behauptungen und Anträge der Partheien, gewähren d) den Vortheil, daß ohne eine oft verzögerliche Ansetzung neuer Termine für abgesonderten Vortrag der Rechtsausführungen (§. 16.) in den nämlichen Schriften diese und die faktischen Behauptungen gemeinschaftlich vorgetragen werden können, und e) sichern vorzüglich dem Gerichte die Möglichkeit, gründlicher, besonnener auf die verhandelten und vollständig vorliegenden Akten über den Streit zu berathen, und ihn zu entscheiden.

Faßt man Vorzüge und Nachtheile zusammen, so muß wohl am meisten ein gemischtes Verfahren empfohlen und mündliche Verhandlung in jenen Theilen des Prozesses angewendet werden, zu welchen sie ihrer Natur nach paßt, während die Schrift für die übrigen Theile bestimmt wird. Ueberall aber, wo es auf den Vortrag des Faktums zum Zwecke die Fixirung der Verhandlungen ankömmt, ist der

schriftliche Vortrag zweckmäßig, weil die mündliche Darstellung des Faktums zu schwierig und eine Fixirung zum künftigen Gebrauche wegen der Partheien, welche sonst ihre Zugeständnisse wieder abläugnen und wegen der Appellationsinstanz nothwendig ist. Dagegen wird der mündliche Vortrag völlig am Platze seyn, wo entweder das schon fixirte Faktum nur näher entwickelt, und wo Rechtsgründe vorzutragen sind. Selbst bei den Vorverhandlungen muß aber jeder Zwang der Partheien, der durch die Gestattung einer allein zulässig erklärten Form entstünde, vermieden, es muß vielmehr den Partheien möglichst eine zweckmäßige Wahl (mit besonderer Rücksicht auf summarische Sachen, von welchen unten zu sprechen ist) gelassen werden.

Das Gesetz muß 1) den Partheien gestatten, ihren Streit mündlich und persönlich vorzutragen, und die Fixirung des Vortrages geschieht dann α) entweder durch ein auf den einfachen Partheienvortrag beschränktes Protokoll, wobei der Richter zu sorgen hat, daß treu, förmlich, klar und ordentlich der Vortrag aufgezeichnet werde; oder β) durch eine schriftlich einzureichende Klage. 2) Diese schriftliche Einreichung der Klage, welche immer wegen entschiedener Bequemlichkeit des Klägers gestattet seyn muß, darf aber nicht mit dem nachfolgenden schriftlichen Verfahren, welches keine Folge der schriftlichen Klage zu seyn braucht, verwechselt werden. 3) Die mündliche Form darf aber nicht weiter ausgedehnt werden, als sie den Partheien, welchen an gründlicher Entscheidung liegt, wahrhaft nützlich ist und dem Richter die Entscheidung möglich macht: in allen Fällen, wo es auf verwickelte faktische Verhältnisse ankömmt, oder wo die faktische Frage unzertrennlich, z. B. bei Familienfideikommißstreitigkeiten, Auflösung

einer Gesellschaft, Einkindschaftsprozessen mit einer schwierigen Rechtsfrage zusammenhängt, kann das mündliche Verfahren nichts mehr leisten, weil nur ein überdachter, planmäßiger Vortrag zum Ziele führt und der Richter zur Entscheidung vollständige Akten braucht. Will man das Ergebniß der Forschungen über Mündlichkeit oder Schriftlichkeit des Verfahrens zusammenfassen, so muß der Gesetzgeber vorerst darüber mit sich im Reinen seyn, ob er den Prozeß mehr auf die Grundlage mündlicher Vorträge, die vor den versammelten urtheilenden Richtern in Audienzen — wie in Frankreich gehalten werden, bauen, oder den Grundlagen des bisherigen deutschen Prozesses treu bleiben will.

I. Wird der erste Weg gewählt, der vorzüglich Collegialverfassung voraussetzt, so kömmt es vorzüglich auf folgende Punkte an, die zugleich die Richtung bezeichnen, nach welcher der französische Prozeß verbessert werden muß. 1) Es muß für eine zweckmäßige schriftliche Grundlage gesorgt werden. 2) Es muß nicht eine bestimmte Form der Verhandlung als die einzige für alle Fälle vorgeschrieben werden [26]. 3) Es bedarf zweckmäßiger Anordnungen, welche dahin wirken, daß alle Richter, welche das Urtheil fällen, gehörig von der Sache instruirt und vorbereitet sind. — In Bezug auf die erste Forderung kann eine solche Grundlage entweder a) in Schriften gesucht werden, welche in dem Vorverfahren zwischen den Anwälten gewechselt werden. Daß dies nicht genüge, ist klar, wenn man erwägt, wie mager und dürftig diese in einer oft unverständlichen Gerichtssprache abgefaßten Schriften sind, die nicht einmal als nothwendig vorgeschrieben sind, so daß häufig,

26) Holzschuher, der Rechtsweg S. 311.

ohne daß eine Antwort des Beklagten dem Kläger signifizirt wurde, die Sache in die Audienz gelangt. Auch ist es klar, daß, da die Eventualmaxime nicht vorgeschrieben ist und die Partheien in der Sitzung vortragen können, was sie wollen, ohne daß es im Vorverfahren vorkam, weder die Partheien vorher genugsam zur mündlichen Verhandlung vorbereitet, noch die Richter in den Stand gesetzt werden, sich vorbereiten zu können. b) Ein anderer Weg könnte der seyn, daß man einen Schriftenwechsel, wie er im deutschen Prozesse vorkömmt, vorschreibt, daher eine Klageschrift, Einredeschrift, Replikschrift u. A. einreichen läßt und dann erst die Anordnung einer Audienz zugiebt, in welcher die Anwälte die in dem Schriftenwechsel vorher vorgetragenen Thatsachen und Gründe weiter ausführen; allein dies ist unpassend; denn danach würden die Partheien genöthigt, auf einem zweifachen kostspieligen und Zeit raubenden Wege, nämlich dem des Schriftenwechsels und des mündlichen Vortrags, ihre Ansprüche zu verfolgen, während in den meisten Fällen ein einziger derselben hinreichen würde, um die Richter in den Stand zu setzen, ein gründliches Urtheil zu fällen. c) Am zweckmäßigsten ist danach jener Weg, welcher eine schriftliche, der Audienz vorausgehende, Grundlage nur in so weit fordert, als sie nothwendig ist, um die Partheien oder ihre Anwälte zum gründlichen Vortrage in der Audienz vorzubereiten, und die Richter zur Urtheilsfällung in den Stand zu setzen. Eine solche Mischung des mündlichen und schriftlichen Verfahrens hat die badische Prozeßordnung von 1831 eingeführt[27]. Das schriftliche Vorverfahren besteht

---

27) Bekk, über die Mündlichkeit und Schriftlichkeit des Verfahrens nach der neuen Prozeßordn. Freiburg 1832.

in der Einreichung einer Klageschrift, welche klar und vollständig die Thatsachen angeben muß, worauf der Kläger sich stützt mit seinen Gesuchen und ohne eigentliche Rechtsausführung (welche in die Audienz gehört), jedoch so, daß die Rechtsgründe kurz angeführt werden können. Auf gleiche Weise hat der Beklagte [28]), welchem die Klageschrift von dem Gerichte mitgetheilt wird, klar und speziell sich über die vom Kläger angeführten Thatsachen zu erklären und alle seine Einreden bestimmt vorzubringen (wieder ohne Rechtsausführungen). Damit ist nun der Schriftenwechsel geschlossen; das Gericht setzt nun, wenn keine Einreden vorgebracht wurden, die Schlußverhandlung an, wenn aber Einreden vorgebracht wurden, so wird die Schrift noch dem Kläger zuerst um seine Erklärungen (insbesondere Repliken) anzugeben, mitgetheilt. Da das Gericht die eingereichten Schriften prüft, ob sie formell, gehörig klar und vollständig, in Ansehung der faktischen Grundlage, sind, so wird der Vortheil erreicht, daß verworrene, unvollständige Vorträge zur rechten Zeit zurückgewiesen werden können. In der Audienz, in welcher der Hauptprozeß beginnt [29]), werden nun erst die Rechtsausführungen vorgetragen und die Thatsachen entwickelt. Es muß aber auch erlaubt seyn, neue thatsächliche Behauptungen erst in der Audienz vorzubringen; jedoch ist es dann nothwendig, daß die Parthei sie vor oder in der Sitzung schriftlich abfasse, und zu den Gerichtsakten gebe, zugleich dem Gegner zustelle [30]). Auch muß jede Parthei das Recht haben zu fordern, daß Geständnisse oder Erklärungen,

---

28) Badische Prozeßordn. §. 1109.
29) Prozeßordn. §. 1112.
30) Prozeßordn. § 1115.

welche der Gegner erst in der Audienz vorbringt, und woraus der Andere etwas ableiten will, in dem Gerichtsprotokolle bemerkt werden [31]), damit sich in der Folge die Parthei darauf berufen kann. Auch muß das Gericht das Recht haben, da, wo sich durch neues thatsächliches Vorbringen einer Parthei ergiebt, daß erst eine nähere Erklärung des Gegners darüber nothwendig wird, eine neue Audienz angesetzt werde. In Bezug auf die zweite oben aufgestellte Forderung, daß nicht eine einzige bestimmte Form der Verhandlung für alle Fälle vorgeschrieben werde, empfehlen sich vorzüglich zwei Einrichtungen; a) die der badischen Prozeßordnung [32]), nach welcher statt der mündlichen Verhandlung ein schriftliches Verfahren angeordnet werden kann, entweder auf Begehren einer Parthei oder von Amtswegen, weil oft Fälle vorkommen, in welchen die Masse von Thatsachen oder die besonderen Umstände, z. B. wegen vorliegender Rechnungen, eine solche Verwickelung herbeiführen, daß das mündliche Verfahren vielleicht nicht die nöthige Klarheit gewährt. Hier muß ein Schriftenwechsel Statt finden und in öffentlicher Sitzung ist daraus ein schriftlicher Vortrag zu erstatten, in welchem alles Thatsächliche, das Resultat des Vorbringens der Partheien, alle Thatund Rechtsfragen angegeben werden und zwar so, daß die Partheien bei der Erstattung des Vortrags gegenwärtig sind und nach dem Schlusse nur Irrthümer oder Unvollständigkeiten berichtigen dürfen [33]).

---

31) So fordert auch in Frankreich oft eine Parthei in der Sitzung, daß man ihr Acte gebe von der Erklärung des Gegners.

32) Art. 1126.

33) Prozeßordn. §. 1127. 1128.

b) Die Einrichtung des Genfer Gesetzbuchs[34]), nach welchem in der Regel (mit Weglassung der Unterscheidung der Sachen in ordentliche und summarische) jede Sache sogleich ohne weiteres Vorverfahren in der Audienz, in welcher die Partheien erscheinen, oder in der nächsten Sitzung mündlich verhandelt wird, so daß sogleich das Urtheil gefällt werden kann. Das Gericht hat aber da, wo es sich überzeugt, daß eine unmittelbare mündliche Verhandlung nicht zweckmäßig seyn würde, z. B. wegen besonderer Verwickelungen, die Befugniß eine instruction préalable à la plaidoirie vorzuschreiben[35]), und zwar wieder auf zweifache Weise: entweder so, daß in einfachen Fällen nur eine bloße communication des pièces verordnet wird, oder ein schriftliches Vorverfahren[36]), in welchem jede Parthei gedrängt, klar und bestimmt die Thatsachen ihrer Ansprüche, ihre Conclusionen, die bestimmten Antworten darauf vorzutragen hat. Die Erfahrung hat dieser Prozedur ein sehr günstiges Zeugniß gegeben. Auf ähnliche Weise ist auch in dem Luzerner Gesetze[36a]) ein gemischtes Verfahren so angeordnet, daß der mündlichen Verhandlung vor Gericht ein schriftliches Vorverfahren vorangeht.

In Ansehung der dritten obigen Forderung, daß alle Richter gehörig mit den Materialien des Streites bekannt gemacht und vorbereitet werden, ein gründliches Urtheil zu fällen, ist es richtig, daß bei einem Verfahren, in welchem nur mündlich vorgetragen wird, die Besorgniß nahe liegt, daß die in

34) Loi sur la procéd. Art. 62.
35) Tit. VI. Art. 71.
36) Art. 74.
36a) In der Zeitschrift für ausländische Gesetzgebung X. Bd. No. XIV.

flüchtiger Rede vor der Seele der Richter vorübergehenden Vorträge nicht mit jener Gründlichkeit aufgefaßt werden, welche da möglich ist, wo der Richter Akten vor sich hat, durch deren Lesung er schnell jeden Zweifel heben und durch Vergleichung verschiedener Stellen den wahren Streitpunkt auffassen kann; auch ist zu besorgen, daß mancher Richter, der nur in der Sitzung den Fall zum erstenmale hört, und nicht schnell die ganze Rechtslehre, welche hieher gehört, mit allen Streitfragen im Kopfe haben kann, weniger gründlich vorbereitet, seine Stimme abgeben wird. Zu diesem Behufe scheint 1) die Einrichtung der badischen Prozeßordnung [37]) zweckmäßig, nach welcher bei dem Collegium ein Mitglied für jeden Rechtsstreit, ein Respicient, aufgestellt wird, welcher mit dem ganzen Prozeß sich genau vertraut machen, die Akten daher studiren muß, die Prozeßleitung hat und am Ende den Urtheilsentwurf macht. Es kömmt nur darauf an, zu sorgen, daß dieser Respicient nicht ein gefährliches Uebergewicht bekomme, und da er allein die Akten genau kennt, eigentlich das Urtheil fällt, indem er den nicht instruirten Kollegen imponirt, beliebig aus den Akten Mittheilungen machen kann, und so Herr des Prozesses ist. Daher ist 2) eine andere Einrichtung [38]) zweckmäßig, nach welcher gesorgt wird, daß jedes Gerichtsmitglied vor der Sitzung die Akten kennen lerne, indem drei Tage vor der Sitzung die Akten zur Einsicht im Berathungszimmer aufgelegt werden, wobei der Respicient eine Aufzeichnung beifügen muß, die kurz angiebt, welches die Streit-

---

37) §. 1121.

38) Diese ist durch das Justizministerium in Baden am 13. Sept. 1836 vorgeschrieben. Annalen der bad. Gerichtshöfe 1836 S. 250.

punkte sind, und auf welche thatsächlichen und rechtlichen Momente es bei der Entscheidung vorzüglich ankommen wird. Es wird dabei vorausgesetzt, daß alle Mitglieder von Pflichtgefühl angetrieben die aufgelegten Akten einsehen und sich vorbereiten. Ein energischer und kenntnißreicher, selbst sehr thätiger Vorstand, der dem Uebergewichte des Respicienten vorbeugt, den Eifer seiner Gerichtsmitglieder spornt, und die Akten selbst gehörig studirt, ist dabei eine Hauptsache.

II. Setzt man dagegen voraus, daß ein Gesetzgeber der Grundlage des bisherigen deutschen Prozesses treu bleiben will, so möchte dies System, welches in neuester Zeit die baierische Prozeßnovelle von 1837[39]), und schon 1834 das kurhessische Gesetz, gewählt haben, viel für sich haben, insoferne 1) danach das schriftliche Verfahren neben dem mündlichen zulässig ist, das Gesetz (§. 1.) aber gewisse Fälle bezeichnet, in welchen nur mündlich verhandelt werden darf, z. B. alle Klagen, die nicht über 100 fl. betragen, Streitigkeiten zwischen Familiengliedern, Streitigkeiten über Gegenstände des Handels auf Messen, Ehrenbeleidigungen; 2) die Partheien können auch alle anderen Sachen mündlich verhandeln lassen (§. 3.). 3) In diesem Verfahren, in welchem kein Schriftenwechsel oder Verfahren vom Munde aus in die Feder zulässig ist, muß der Kläger seine Klage mündlich vortragen, der Beklagte mündlich sich über das Verhältniß erklären, und diese Erklärungen sind durch die von dem Richter zu stellenden Fragen zu erläutern und zu vervollständigen, worauf das Ergebniß nach dem wesentlichen Inhalte zu Protokoll genommen wird. Das Urtheil wird in

39) Vom 17. Nov. 1837.

der Regel sogleich gefällt (§. 11.). 4) In anderen Fällen wird protokollarisch verhandelt. 5) Ein Verfahren in gewechselten Schriften tritt nur ein, wenn beide Partheien dies verlangen oder der Richter durch die Wichtigkeit der Sache sich veranlaßt findet, dies anzuordnen[40]. Auf ähnliche Art wird das kurhessische Gesetz[41]) mündlich in gewissen einfachen Fällen so verhandelt, daß die Vorträge der Partheien nur ihrem wesentlichen Inhalte nach im Protokolle bemerkt werden.

---

§. XV.

Anbringung der Klage bei Gericht.

Schon bei dem ersten Schritte der Parthei, bei Anbringung der Klage entsteht Bedenklichkeit, welche von den verschiedenen Formen, die die Gesetzgebungen aufzeigen, die vortheilhafteste ist. Entweder

I. kann die Anmeldung der Klage getrennt von der Aufnehmung derselben, wie im preußischen Prozesse, angeordnet werden [1]). Der Kläger erscheint entweder persönlich oder läßt durch einen Bevollmächtigten zu Protokoll seinen Namen, Wohnort, Stand, die nämlichen Verhältnisse des Beklagten, den Grund und Gegenstand der Klage aufzeichnen, worauf die Competenz des fori geprüft und

---

40) Puchta, Anleitung zur Civilprozeßpraxis S. 70.

41) Gesetz vom 18. Okt. 1834 über das Verfahren in minderwichtigen Sachen §. 1—9.

1) Preuß. Gerichtsordn. Tit. IV. V.

erst abgesondert von dem Gerichtsdeputirten bei der Aufnahme der Klage die Information eingezogen wird, bei welcher das forum, die Litispendenz, das zum Grunde liegende Factum, der Legitimationspunkt untersucht, die species facti punktweise mit dem Kläger durchgegangen, Kläger bei jedem um seine Beweise gefragt, und über die etwaigen Einwendungen des Beklagten examinirt werden muß, wobei der, welcher die Information einzieht, seine eigenen Vermuthungen, worin die Einwendungen des Beklagten bestehen könnten, dem Kläger mittheilen und ihn um seine Gegengründe befragen muß [2]. Eine ähnliche Vernehmung des Klägers, wenn schon die Klage gestellt ist, schreibt auch das neue würtembergische Gesetz [3] dem Richter vor. Auch die baierische Novelle von 1837 [4] spricht in dem beschleunigten Verfahren von einer Anmeldung der Klage, die nur in kurzen Erklärungen besteht, worauf erst in der zur Verhandlung bestimmten Tagfahrt der Kläger die Klage mündlich auseinandersetzt.

II. Oder die klagende Parthei giebt, wenn nach Gerichtssitzungstagen verhandelt wird, ihre Sache an, läßt sich in die Audienzliste eintragen, und zur Sitzung den Beklagten vorladen, wie dies nach dem französischen Prozesse geschieht [5]. Bei dieser Grundform können wieder verschiedene Modifikationen gedacht werden.

III. Oder der Kläger übergiebt dem Gerichte eine schriftliche Klage, worauf die schriftliche Verfügung erlassen wird, wie dies im gemeinen Prozesse der Fall ist.

---

2) Gerichtsordn. Tit. V. §. 6.
3) Würtemberg. Edikt § 85.
4) §. 6.
5) Décret sur la police Art. 55.

Daß der Werth einer oder der anderen dieser Formen mit der Gerichtsverfassung des Landes, und der Grundform, ob mündlich oder schriftlich verhandelt wird, zusammenhange, bedarf keiner Erwähnung; dagegen darf, um einen Maaßstab der Prüfung anzudeuten, hier angenommen werden: jene Einrichtung bei der Klageanbringung ist die beste, welche 1) den Richter sogleich in den Stand setzt, die ganze Forderung des Klägers zu überschauen und zu prüfen, ob die Klage hinreichend in Bezug auf die Form begründet sey, welche 2) dem Beklagten am besten Zeit zur Vertheidigung gönnt, 3) welche keine unnützen Termine und Vorladungen veranlaßt.

Prüft man I. danach die erste der angegebenen Formen, so enthält sie eine ganz unnütze Trennung, wenn nicht die Gesetzgebung durchaus die preußische Untersuchungsmaxime adoptirt, in welcher, um das Geschäft der Aufnahme vorzubereiten, eine vorausgehende Anmeldung oft Nutzen hat; allein auch darin soll die Anmeldung nach dem Vorschlage preußischer Juristen selbst [6]) weggestrichen werden; es ist nicht zu läugnen, daß dem Richter eine völlig unnöthige Arbeit mit dieser Informationseinziehung aufgebürdet wird [7]), die um so weniger passend ist, als eine solche Prüfung, das Aufmerksammachen auf Einwendungen des Beklagten mit dem richterlichen Charakter sich nicht verträgt, und nur einem Rathgeber des Klägers zusteht, mit welchem eine vertrauliche Besprechung des Klägers möglich ist, da oft der Kläger, der das größte Recht auf seiner

---

6) Bessel, Gesetzgebung der Rechtspflege S. 14. S. noch v. Oppen, Vergleichung der franz. und preuß. Gesetze Heft 2 S. 194.

7) Niederrhein. Archiv II. Bd. S. 281.

Seite, der aber noch nicht Beweise genug hat, einen klugen Plan entwirft, um gegen die zu erwartenden Ausflüchte des Klägers sich sicher zu stellen. Solche Berathungen gehören aber zu den Geheimnissen der Partheien, und dem Richter steht ihre Erforschung wenig zu. Der Versuch aber macht Kosten, und verzögert den Prozeß.

Nur in so ferne hängt die Anmeldung der Klage in der Trennung von der Aufnahme der Klage mit dem Systeme des preußischen Prozesses zusammen, als die angemeldeten Klagen dem versammelten Gerichte von dem Decernenten vorgetragen werden müssen, damit jetzt schon die Competenz des Gerichts und die Erfordernisse der Anmeldung geprüft und fehlende Punkte ergänzt werden können. 8)

II. Die zweite Form der Vorladungen läßt sich in einfachen Sachen 9), die an den gewöhnlichen Verhörstagen verhandelt werden, wohl anwenden, ist aber durchaus unpassend, wenn die Sache irgend etwas verwickelter ist, weil der Beklagte durch die Klage überrascht wird, und daher nicht sogleich antworten kann, was ihm auch nicht zugemuthet werden darf, wenn man Rechtsgleichheit achtet und erwägt, daß der Kläger lange Zeit zu seiner Vorbereitung gehabt hat; die persönliche Erscheinung des Beklagten, der noch nicht antwortet, ist daher überflüssig, und macht unnütze Kosten. Daher sehen sich auch Gesetzgebungen, welche auf diese Form gebaut sind, genöthigt, eine Vorverhandlung, ehe der Streit an das Tribunal kömmt, einzuführen. Das französische Recht läßt daher in zwei oder drei von Anwalt zu Anwalt gehenden Schriften den Streit

---

8) Gerichtsordn. Tit. IV. §. 13 — 17.

9) Gut Puchta, Beiträge zur Gesetzgebung No. X.

vorbereiten, und was in Deutschland Klagschrift ist, wird in Frankreich in ein sogenanntes exploit, welches der Gerichtsvollzieher verfertigt [10]), und welches Tag, Monat, Jahr, Stand und Wohnort des Klägers, seines Advokaten, Namen und Wohnort des Huissier, Namen und Stand des Beklagten, das Object und kurze Angabe der Gründe der Klage enthält, als ein Theil verflochten [11]). Es ist von französischen Juristen [12]) selbst nicht geläugnet, daß die Einrichtung nichts tauge; ein solches exploit ist ein dürres Gerippe, in welchem in einer unverständlichen, von häufig sehr ungebildeten Menschen ausgehenden Gerichtssprache, die Klage als eine Nebensache vorkömmt, die den Beklagten mit dem Stande der Sache gar nicht bekannt macht, sondern nur wie eine lächerliche halbe Drohung erscheint,

---

10) Code Art. 61.

11) Ein solches exploit heißt z. B.: Im Jahre 1820: Auf Anstehen des Mathias Keil, Bürger, wohnhaft zu N. habe ich Unterschriebener, Johann Bauer, Gerichtsvollzieher zu N. gehörig patentisirt bei dem Gerichte N immatrikulirt in N. residirend, mich in die Gemeinde begeben und habe den Andreas Bacher, Bürger zu N. hiedurch vorgeladen binnen 10 freien Tagen a dato Morgens 9 Uhr vor dem Kreisgerichte N. am Orte N. im gewöhnlichen Audienzsaale zu erscheinen und sich dadurch verurtheilen zu hören, meinem Requirenten als Intestaterben der Maria Reibel das von derselben in Besitz habende ganze Vermögen der Erbschaft, welches die Maria Reibel von ihren Eltern ererbt im folgenden Bestande (hier werden alle Stücke aufgeführt) herauszugeben und abzutreten, vorbehaltlich der Requirenten die Klage erweitern und modifiziren zu können, so wie aller weiteren Klage und Ansprüche.

Und habe ich dem erwähnten Bacher gegenwärtige Ladungsabschrift, damit sich derselbe nicht entschuldigen könne, zugestellt in seinem Wohnsitze mit ihm selbst sprechend.

12) Niederrhein. Archiv II. Bd. S. 280.
S. vorher auch III. Bd. S. 252. S. aber auch v. Oppen, Vergleichung 2. Heft S. 198.

welche weder als Grundlage dient, noch gehörig vorbereitet unnütze Kosten und Verzögerung herbeiführt, und Klagen über Nullitäten begünstigt, da das Gesetz unter Strafe der Nichtigkeit alle obigen Erfordernisse gebot, und daher ein unrichtiger Namen Nullitätsklage begründet [13]).

Daher haben auch Gerichtsordnungen und Entwürfe, welche ganz auf die französische Prozeßordnung gebaut sind, dies System nicht befolgt, sondern verlangen, wie die westphälische [14]), hessische [15]) Prozeßordnung und wie Engelhard [16]) eine förmliche Klagschrift im deutschen Sinne, zur Begründung der weiteren Verhandlungen. Auch die badische Prozeßordnung [17]) fordert in dem Vorverfahren, das der mündlichen Verhandlung in der Audienz vorhergeht, die Einreichung einer Klagschrift, welche wie eine im deutschen Prozesse sonst einzureichende Klagschrift, nur ohne Rechtsausführungen, eingerichtet ist.

III. Allen Nachtheilen beugt eine von der Parthei ausgehende, nach reifer Berathung mit dem von ihr gewählten Rathgeber entworfene Klagschrift vor, statt welcher im gleichen Sinne der Parthei das Recht gegeben werden kann, die Klage zu Protokoll zu diktiren, obwohl die letzte Art manche Unbequemlichkeit für die Gerichte hat, viel Zeit und ein großes Schreiberpersonal fordert, um die Abschriften zur Mittheilung an den Beklagten machen zu lassen. Eine Klageschrift gewährt alle oben angegebenen Vor-

---

13) Zum-Bach, das Formen- und Nullitäten-System, ein Vermächtniß aus französischer Zeit. Köln 1818.

14) Westphäl. Prozeßordn. Art. 6—12.
S. auch Dalwigk, Handb. des franz. Civilp. II. Thl. S. 25.

15) Hessischer Entwurf Art. 1. Motive II. Heft S. 9.

16) Engelhard, Entwurf S. 11 u. Motive S. 123.

17) Bad. Prozeßordn. §. 1105.

theile, kann am meisten mit Umsicht, Gründlichkeit und Vollständigkeit abgefaßt werden, läßt sich am schnellsten dem Beklagten mittheilen, und hat Vortheil für entfernte Kläger, welche ohne Schwierigkeit und Kosten im Gerichtsstande des Beklagten Klage stellen können; die Einsicht dieser Vortheile scheint auch Gesetzgebungen, welche selbst das preußische Verfahren eingeführt hatten [18]), bewogen, schriftliche Klagen vorzuschreiben, und preußische und französische Juristen zu dem Wunsche der Einführung förmlicher Klagschriften gebracht zu haben.

Auch hier bewährt sich die Wahrheit des Satzes, daß der Gesetzgeber sich möglichst hüten soll, eine einzige Form als absolut nothwendig vorzuschreiben. 1) Es ist daher weise, wenn das Gesetz gestattet, daß der Kläger auch mündlich seine Klage bei Gericht vorbringe und mit kurzer Angabe der zum Klagegrund gehörigen Thatsachen und bestimmter Erklärung des Gesuchs des Klägers die Klage zu Protokoll genommen werde. 2) Es ist zweckmäßig, wenn die schon in früher Zeit sehr bekannte und noch jetzt in manchen Ländern mit gutem Erfolg angewendete Einrichtung beibehaten wird, nach welcher gewisse Verhörstage gehalten werden, an welchen die Partheien freiwillig vor Gericht erscheinen können, oder der Kläger den Beklagten vorladen lassen kann, und wo nun vor dem Richter mündlich von beiden Partheien verhandelt und sogleich ein Urtheil gefällt wird, so daß nur ein gedrängter Auszug der wechselseitigen faktischen Behauptungen, Gesuche und Zugeständnisse mit dem gefällten Urtheile in dem Gerichtsbuche bemerkt wird. 3) Nicht zu billigen ist es, wenn das

18) Z. B. hannöverische Verordnung vom 24. Juni 1817, Rechtsverf. im Fürstenthum Ostfriesland betr. §. 2.

Gesetz aus angeblichem Streben der Begünstigung der Mündlichkeit, schriftliche Klagen gar nicht zulassen will, und fordert, daß jeder Kläger bei Gericht persönlich erscheine; denn durch eine solche Bestimmung wird den entfernt wohnenden Partheien ein harter Zwang aufgelegt; es ist nicht einzusehen, warum der oft 20 Stunden vom Wohnorte seines Schuldners wohnende Gläubiger, wenn er die verfallenen Zinsen einklagen will, selbst am Gerichtsorte erscheine und nicht vielmehr eine kurze Klageschrift einsenden darf. 4) Sehr zweckmäßig ist die Beibehaltung einer ebenfalls in vielen Ländern sehr gut wirkenden Einrichtung, nach welcher (im sogenannten Mandatsprozesse) [19]) der Gläubiger in gewissen Fällen befugt ist, ohne eine förmliche Klage durch kurze Angabe der Thatsachen und seines Gesuchs die Erlassung eines Zahlungsbefehls zu fordern, so daß erst dann, wenn der Beklagte die Schuld nicht anerkennt und Einwendungen macht, ein förmlicher Prozeß beginnt.

---

§. XVI.

Trennung des faktischen Vorbringens der Partheien von dem Vortrage der Rechtsgründe.

Als ein vorzügliches Beschleunigungsmittel der Prozesse hat man in neuerer Zeit die Einrichtung gepriesen, nach welcher das faktische Vorbringen vom

---

19) Die bad. Prozeßordn. v. 1831 Tit. 34 und das kurhess. Gesetz v. 1834 Art. 24 regeln dies Mandatsverfahren, ebenso das hannöverische Gesetz v. 13. Dez. 1834 Art. 5.

Vortrage der Rechtsgründe völlig getrennt werden sollte, so daß die ersten mündlichen oder schriftlichen Verhandlungen von Klage bis zur sogenannten Duplik blos auf das Erste mit strenger Ausscheidung der Zweiten beschränkt würde. Die Einrichtung ist nicht so neu als man oft glaubt, und selbst dem gemeinen Prozesse ist sie nicht unbekannt, wenn man das, was über den Rechtsgrund der Klagschrift behauptet wird, näher erwägt. Kein Gesetz hat denselben, in so fern man darunter die juristische Deduktion versteht, als einen wesentlichen Theil der Klagschrift vorgeschrieben. Man hat in neuerer Zeit am häufigsten den Klagegrund [1]) in einen faktischen und juristischen getrennt. Betrachtet man frühere Klagschriften, z. B. die bei den canonischen Gerichten üblichen [2]), oder die von Ulrich Tengler uns aufbewahrten Formularien [3]), so findet man in keiner die Anführung

---

1) Ueber die verschiedenen Bedeutungen, in welcher die Schriftsteller das Wort Klagegrund nehmen, Brackenhöfft in Linde's Zeitschrift für Civilrecht XI. Bd. S. 182.

2) Z. B. bei Duranti speculum juris tom. III. lib. IV. p. 54. Er giebt nachstehendes Formular an: coram vobis domino P. iudice vel potestate conquerar vel propono ego H. de Titio vel contra Titium, qui mihi tenetur in 10 quia equum sibi vendidi talis pili — sub anno — die — quae decem mihi solvere indebite contra dicit: quare peto ipsum mihi condemnari et per vos compelli ad solvendum praedicta 10.

3) Z. B. in Ulrich Tengler's Laienspiegel Fol. LXXVIII. Klag um Erbschaft. — Herr Richter vor Euch klagt N. wider N. und sagt: nachdem, weil N. bei verschinen Tagen an geschaft mit Tod abgegangen, etlich Hab, Güter und ander erblich Gerechtigkeit weder in auf- noch absteigender auch besagter Linien kein naheren Erbnehmer dann denselben N. hinder sein verlassen, deshalb sein verlassen Erbschaft Hab und Güter von Rechtswegen an denselben N. als den nächsten Erben zugehörig, dieweil aber N. solche Erbschaft inhendig un ihm dieselben bisher unbillich vorgehalten hab, so begert der benannt Kläger in bester

einer Rechts-Deduktion, selbst nicht einer bestimmten Angabe der Gesetzesstellen, worauf sich der Kläger beziehen will. Es ist wahrscheinlich [4], daß der jüngste Reichsabschied in §. 34. durch die Forderung, daß der Kläger außer der Geschichtserzählung die Conclusion in der Klagschrift angebe, auch das, was man oft Rechtsklagegrund nennt, näher bezeichne, d. h. angebe, welches Rechtsverhältniß er zum Grunde legt, das er aus den von ihm in der Geschichtserzählung angeführten Thatsachen ableitet und woran er sein Gesuch knüpft, damit der Beklagte, indem er z. B. weiß, daß der Kläger den Anspruch aus einem Kaufe oder aus einer Miethe ableitet, oder auf den Irrthum bei der condictio indebiti gründet, oder die Schadensklage auf den dolus des Beklagten baut, danach seine Vertheidigung einrichten und damit der Richter gehörig beurtheilen kann, ob das gestellte Gesuch aus den angeführten Thatsachen fließt. Nur bedarf es deswegen nicht der Angabe aller Gesetzesstellen, worauf der Kläger sich stützt, oder einer Deduktion des rechtlichen Gesichtspunktes.

Von den neueren Gesetzgebungen führte besonders ihr System die preußische Gesetzgebung auf die scharfe Scheidung der faktischen und Rechtsgründe, von den neuesten erklärt sich der hessische Entwurf [5]) dafür, während die würtembergische [6]) nur eine Andeutung der Rechtsregel ohne Ausführung gestattet,

---

Form zu erkennen und zu erklären, daß dieselb Erbschaft ihm als dem nächsten Erben zugehörig und N. schuldig sey ihm dieselben mit sammt den Früchten und Abnutzungen zu überantworten. S. noch Klagschriften aus dem 16. Jahrhundert, abgedruckt in Bergmann, Einleitung in die Praxis der Civilprozesse S. 133.

4) Brackenhöfft a. a. O. S. 214 ꝛc.

5) Hessische Motive I. Heft S. 28.

6) Würtemberg. Edikt §. 84. 95.

und das neueste Gesetz [7]) bei den höheren Gerichten die Verbindung der faktischen und der Rechtsgründe wie bisher erlaubt. Die badische Prozeßordnung [8]) gestattet in dem Verfahren vor Einzelnrichtern die Anführung von Rechtsgründen in der Klageschrift, nicht aber in der Klageschrift, welche dem Vorverfahren, das der mündlichen Verhandlung vorausgeht, eingereicht wird. Dem Geiste des neuen preußischen Gesetzes von 1833, nach welchem in Audienzen verhandelt wird, ist ohnehin eine Vorschrift der Trennung des thatsächlichen Vorbringens von den Rechtsgründen widersprechend [9]).

Die Frage über die Zweckmäßigkeit einer dieser Vorschriften hängt unfehlbar wieder mit dem ganzen System der Prozeßgesetzgebung zusammen, und der Erfolg hängt davon ab, a) ob das Verfahren durchaus schriftlich ist, b) ob die Partheien mündlich von dem Richter, wie z. B. nach preußischem Prozesse, vernommen werden, c) oder ob sie ihre Behauptungen und Erklärungen dem Gerichte in Sitzungen plaidirend vortragen. Bei der zweiten Form mag wegen der Einfachheit des Verfahrens, und besonders wegen der Berechnung auf persönliche Erscheinung der Partheien, die Vorschrift der Trennung einige Bedeutung haben, in soferne das Gesetz davon ausgeht, daß der Richter das Recht schon selbst kennt und keiner rechtlichen Instruktion durch die Partheien bedarf, vielmehr nur für die Ermittelung der Thatsachen thätig seyn soll. Auch scheint man durch die Absonderung der Rechtsausführungen von dem faktischen Vortrage die Absicht gehabt zu haben, die

7) v. 22. Sept. 1819. §. 1.

8) §. 249. vergl. mit 1106.

9) Wenzel, der preußische Mandatsprozeß S. 140.

Advokaten mehr zu entfernen, die Rechtsdeduktionen sind danach nur eine Zugabe. Allein selbst in dem preußischen Prozesse ist die Vorschrift nicht zu billigen, da durch sie der natürliche Zusammenhang, den bei vielen Prozessen der thatsächliche Vortrag mit dem rechtlichen Gesichtspunkte hat, zu sehr zerrissen wird und weil es oft hart ist, den Partheien zu verwehren, sogleich vorzutragen, unter welchen rechtlichen Gesichtspunkt sie die Thatsachen stellen wollen. Wer genauer das Civilrecht und das Klagensystem kennt, weiß, unter welchen verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten eine Thatsache erscheinen kann. [10]). — Legt aber eine Gesetzgebung die oben genannte erste oder dritte Form zum Grunde, so ist eine Vorschrift der Trennung des faktischen und rechtlichen Vorbringens ganz unpassend. 1) Wenn die Gesetzgebung einfach ist, wenn Gewohnheiten ihre Stelle vertreten, so mag der blos faktische Vortrag hinreichen; sobald dagegen bei größerer Ausbildung der Rechtsverhältnisse eine vollständige Civilgesetzgebung vorhanden ist, würde die Ausscheidung der Rechtsgründe inconsequent seyn, weil die Gesetzgebung auch für die Partheien vorhanden ist, weil ihnen erlaubt seyn muß, ihr faktisches Verhältniß, woraus jeder Theil die Conclusionen ableitet, durch die Berufung auf die Gesetze zu rechtfertigen, unter deren Herrschaft sie ihr Verhältniß eingingen, und nach welchen entschieden wird. 2) Die Vorschrift beruht auf der Präsumtion, daß das Gericht selbst das Gesetz hinreichend kenne, gegen deren Grund viel einzuwenden ist. Es ist keine Beleidigung des richterlichen Ansehens, wenn man an ihrer Unfehlbarkeit zweifelt, aber ein ungerechter Zwang ist es, wenn man den

10) Wenzel a. a. O. S. 139.

Partheien zumuthet, daß sie sich dem Zufall überlassen [11]), und blind an den Scharfsinn, die tiefe Rechtskenntniß der Richter glauben, bei welchen die häufigen in der Appellationsinstanz vorkommenden reformatorischen Urtheile beweisen, daß die Vermuthung nicht unumstößlich ist. 3) Ein Zwang zur Trennung der Rechtsgründe wird um so ungerechter, als wirklich Fälle vorkommen, wo die Sache die Auffassung von verschiedenen juristischen Gesichtspunkten gestattet, wo Gesetzesstellen im wenigstens scheinbaren Widerspruche sind, und wo es entschieden in den Rechten der Partheien liegen muß, zur Rechtfertigung der Thatsachen, auf welchen das bestrittene Rechtsverhältniß beruht, auch ihre juristische Ansicht zu entwickeln, um so mehr, als manche Thatsache eine ganz andere Ansicht gewinnt, wenn der wahre juristische Gesichtspunkt gezeigt wird, unter welchem die Parthei handelte, daher auch, wenn man preußische Prozeßakten durchgeht, häufig gleichsam unabsichtlich rechtliche Ansichten und Gründe sich in den Partheienvortrag einmischen, weil sonst manches Verhältniß gar nicht hätte klar gemacht werden können. 4) Zwar gestatten alle Gesetzgebungen, welche die Trennung der Rechtsgründe vom faktischen Vortrage gebieten, z. B. die preußische [12]), würtembergische [13]), badische [14]), am Schlusse der Verhandlungen eine Rechtsdeduktion; allein ein solcher verspäteter Vortrag, wenn man überhaupt ihn zulassen will und muß, ist unfehlbar unzweckmäßiger, als eine gleichzeitige Verbindung des Vortrages, besonders da in

---

11) Gönner's Comment. S. 52.
12) Preuß. Gerichtsordn. 21. 12. § 11
13) Würtemberg. Edikt §. 121.
14) Bad. Prozeßordn. §. 333 — 336.

vielen Fällen die vorgetragenen Thatsachen ohne die Angabe der Rechtsansicht nicht klar werden, und 5) die Partheien ein Recht haben, zu fordern, daß der ganze Fall sogleich unter den richtigen Gesichtspunkten dem Gerichte bekannt werde, und eine Beschränkung über die Zeit, zu welcher vorgetragen werden soll, ein ungerechter Eingriff in die Privatfreiheit ist. 6) Die Vorschrift wird selbst unpassend und ungerecht beschränkend, da besonders für den Beklagten oft kein anderer Ausweg bleibt, als die rechtlichen Folgerungen zu zerstören, welche der Kläger aus gewissen vom Beklagten nicht zu läugnenden Thatsachen in seiner Klage, aller Verbote ungeachtet, implicite wenigstens gezogen hat. 7) Selbst der angebliche Gewinn an Zeit ist nur scheinbar, da am Schlusse doch die Rechtsdeduktionen gestattet werden, und da hiezu ein eigener Termin angesetzt werden muß, der sehr gut entbehrt werden kann, wenn man die Vorträge verbindet, den Prozeß aber durch die abgesonderte Ansetzung verzögert. 8) Leicht zu widerlegen ist der gegen die Verbindung angegebene Grund, daß diese Rechtsdeduktionen nicht selten unnütze Ausschweifungen, Anführungen lange bekannter Rechtswahrheiten, und Rabulistereien enthalten; leider kann die Wahrheit der Behauptung nicht ganz geläugnet werden; diese unnützen Ausführungen aber, wenn sie auch vorkommen, sind auf jeden Fall unschädlich, verzögern auch den Prozeß nicht, können bei dem mündlichen Vortrage leicht vom Richter in das wahre Geleise gebracht werden, und sind häufig so unnütze nicht, sondern oft nur achtungswürdige Erörterungen als Folgen der Gründlichkeit des Anwaltes, für welche mancher oberflächliche Richter keinen Sinn hat. Uebrigens wird bei dem mündlichen Vortrage in der Audienz, wie die Erfahrung der

Länder lehrt, worin plaidirt wird, der Advokat schon selbst durch sein eignes Interesse angetrieben, breite, weitläufige Rechtsausführungen zu vermeiden, da sonst der Richter und das Publikum ungern ihm zuhören. 9) Die ganze Vorschrift beruht auf einer höchst tadelnswürdigen, leider immer mehr verbreiteten Ansicht von den Gerichten erster Instanz im Gegensatze der Obergerichte. Gewöhnlich wird der Prozeß, der vor den Obergerichten, welche häufig noch als erste Instanzgerichte für alle Privilegirte erklärt sind, verhandelt wird, viel sorgfältiger, bedächtlicher organisirt, und daher auch meist auf schriftliches Verfahren gebaut, während man bei den Untergerichten ein mündliches Verfahren einführt, und, indem man weniger Werth auf die erste Instanz legt, den Partheien den Trost giebt, daß sie in der zweiten Instanz ihren Prozeß auf jeden Fall umsichtiger geführt erhalten könnten [15]. Diese Ansicht ist eben so inconsequent als ungerecht, da jedes Gericht als solches gleiche Achtung und Würdigung verdient, durch eine Scheidung aber die Mitglieder der Untergerichte selbst herabgewürdigt werden, da die Parthei die Kosten der ersten Instanz umsonst bezahlt und vom Staate selbst zu appelliren gezwungen wird.

Die bisher bemerkten Gründe gelten jedoch nur in Bezug auf eine Gesetzgebung, welche nicht die Vorverhandlungen zur Herstellung der Grundlage des Streites von der weiteren Verhandlung zur Begründung des Streites trennen will. Sobald aber diese Trennung zweckmäßig erfolgt (§. 14.), erhält die Trennung der Rechtsgründe von dem Vortrage der Thatsachen eine andere Bedeutung. Die Schriften in der Vorverhandlung werden nur zur Herstellung

---

15) S. darüber das zweite Heft dieser Schrift S. 10.

des Faktums, und die nachfolgende Verhandlung vor dem Tribunale zur weiteren Ausführung der vorgetragenen Thatsachen, und vorzüglich zum Vortrage der Rechtsgründe bestimmt seyn[16].

---

§. XVII.

Mittel zur erschöpfenden Herstellung des Streitpunktes.

Es ist eine bei Ausübung des gemeinen und jedes blos auf schriftliches Verfahren gebauten Prozesses oft geäußerte Bemerkung, daß durch bloßen Schriftenwechsel der Streitpunkt nicht vollständig und erschöpfend hergestellt werde, und selten erhält der Referent Akten, in welchen er nicht den Mangel oder die Dunkelheit eines relevanten Punktes zu beklagen hat.

Solche Klagen machten bald den deutschen Juristen ein Institut achtungswürdig, welches blos zur Regulirung des Streitpunktes bestimmt, und im preußischen Prozesse unter dem Namen Regulirung des status causae et controversiae[1]) bekannt ist, und oft mit dem Aktenauszuge einer Relation, oder mit dem französischen Institute der Qualitäten, obwohl nicht ganz passend, verglichen wird. Der preußische status hängt mit der vorausgegangenen, rein mündlichen Verhandlung und mit dem Zwecke des Gesetz-

---

16) Die bad. Prozeßordn. §. 1106 läßt keine Rechtsausführungen in dem Verfahren zu; allein die Praxis erkennt, daß bloße Anführung von Rechtsgründen erlaubt ist. Bekk, über Mündlichkeit S. 23.

1) Preuß. Gerichtsordn. Tit. X. §. 28.

gebers, die Beweisinterlocute zu verbannen, zusammen, und ist so ein wesentlicher Theil des preußischen Prozesses. Er tritt ein, wenn der Instruent die Partheien schon hinlänglich vernommen hat, und enthält 1) die Aufnehmung einer richtigen und zusammenhängenden species facti, soweit die Partheien darüber einig sind; 2) die Festsetzung derjenigen auf Thatsachen beruhenden Umstände, worüber sie nicht haben vereinigt werden können; 3) die Bestimmung derjenigen unter diesen Umständen, welche durch Beweis näher ins Licht gesetzt werden sollen. Weise warnt der Gesetzgeber die Richter, nicht statt der Geschichtserzählung mit einem trockenen Extrakte der Verhandlungen sich zu begnügen, sondern eine auf die unter den Partheien nicht mehr streitigen Thatsachen gegründete, zusammenhängende, ihr Rechtsverhältniß erschöpfende Erzählung, welche am besten nach den Regeln gearbeitet wird, welche für die Geschichtserzählung in Civilrelationen gelten, zu liefern. Erst nach dieser Erzählung sollen die noch streitigen Punkte bemerkt und darüber die Erinnerungen der Partheien oder ihrer Anwälte vernommen werden, wozu in sehr wichtigen Sachen das Gesetz 2) gestattet, die species facti schriftlich ihnen mitzutheilen, um ihre Erklärung vorzubereiten. Erst nach dieser Operation werden vom Instruenten die ihm erheblich scheinenden, des Beweises bedürftigen, streitigen Punkte ausgehoben, und darüber wieder die Erklärungen der Partheien eingeholt.

Ein solcher status gewährt in dem preußischen Prozesse mehrere Vortheile, indem er den Partheien es möglich macht den ganzen Stand ihres Prozesses einfach und klar zu übersehen, etwa protokollirte

---

2) Gerichtsordn. Tit. X. §. 39.

Unrichtigkeiten zu rügen, und dunkle Punkte zu berichtigen; er gewährt dem Instruenten den Vortheil sich gleichsam zu controliren, in Zeiten Fehler und Lücken zu verbessern; er begünstigt Vergleiche, indem sich die Partheien nicht selten überzeugen, in welchen unbedeutenden Punkten sie noch abweichen, und wie die verschiedenen Thatsachen sich erklären, die Einrichtung wird wichtig für das erkennende Gericht, welchem dadurch eine treue, vollständige Uebersicht vorgearbeitet wird, und er dient endlich zur Vermeidung der Beweisinterlocute, worüber mehr bei diesen zu sagen ist.

Faßt man nun die Mittel zusammen, durch welche der Streitpunkt im Prozesse regulirt werden kann, so gehören dahin:

I. Interrogationes in jure, welche von Seiten des Richters an die Partheien gestellt werden.

II. Wechselseitig von den Partheien an einander zu stellende Fragen.

III. Anwendung des preußischen status causae.

IV. Bloßer Schriftenwechsel mit gehöriger richterlicher Thätigkeit und Leitung des Verfahrens.

I. Mündlich vom Richter an die Partheien zu stellende Fragen scheinen am besten ihren Platz im mündlichen Verfahren zu finden. Schon der römische Prozeß gestattete solche Fragen dem Richter, entweder um sich die Streitfrage zu sichern 3), oder bei undeutlicher, unbestimmter Antwort größere Bestimmtheit zu erhalten 4). Auf ähnliche Art steht das Fragerecht im französischen Prozesse dem Richter

---

3) l. 9. §. 1. l. 11. §. 9. l. 21. D. de interrog. in jur. fac. Wybo, de interrog. in jure, cap. VI.
Glück, Comment. XI. Bd. S. 285. Bethmann Hollweg, Versuche S. 276. Zimern, röm. Civilprozeß S. 125.

4) l. 9. §. 6. D. de int. in jur.

zu [5]). Das Institut heißt dort Comparution. Schon während der Verhandlungen kann der Präsident, dem überhaupt die Aufsicht über die Zweckmäßigkeit der Plaidoirien und die Pflicht, Ausschweifungen zu verhindern, zusteht [6]), Fragen an die Anwälte stellen, das Gericht kann aber auch nach geendigten Verhandlungen die Partheien in Person vorfordern und Fragen stellen, so wie auch, wenn eine Parthei über interrogatoires der anderen vernommen wird, ex officio Fragen vom Richter gestellt werden dürfen [7]), wobei die französischen Juristen [8]) dem Richter die höchste Vorsicht und Mäßigung vorschreiben. Bei der angeordneten comparution [9]) kann der Präsident die Parthei entweder allein oder in Gegenwart der anderen befragen, und wenn die Antwort wichtig ist, so wird im Urtheile davon blos mit den Worten Gebrauch gemacht: attendu que sur telle question — tel a repondu, et que de cette réponse — résulte etc. etc.

Frägt man um die Anwendung dieses Fragerechts auf den schriftlichen Prozeß, so kennt derselbe dies Recht eben so, nur wird es hier durch Dekrete ausgeübt und hängt zusammen mit dem Institute der speziellen Litiscontestation. Wird dies gehörig beobachtet, erfüllen die Partheien das gesetzliche Gebot, ist der Richter nicht nachsichtig, sondern dringt gehörig auf bessere Antworten, so scheint ein mündliches Fragen überflüssig. Erwägt man aber, daß durch

---

5) Art. 119. 428. Code de proc. Berriat St. Prix, Cours p. 283. Pigeau I. p. 240. Rauter, Cours de procédure p. 245.

6) Décret sur la police des tribunaux §. 34.

7) Art. 333.

8) Berriat l. c. p. 287. not. 29.

9) S. über Verfahren Pigeau l. c. p. 241.

die Dekrete und die zu ertheilenden Fristen viele Zeit verloren wird, daß die Parthei, wenn sie auch den Auftrag zu besseren Antworten erhält, Zeit hat über ihre Antworten zu studiren und, da sie sich des Anwaltes dabei bedient, die Antworten auf Schrauben stellt, erfährt man, daß oft drei nacheinander gegebene Dekrete doch Zweifel zurücklassen, daß der Richter von Neuem fragen sollte, weiß man, wie eine große Zahl der Richter nur mechanisch ad excipiendum, replicandum etc. die Schriften mittheilt, so dürfte es zweckmäßig seyn, wenn das Gesetz zwar nicht als Regel für alle Fälle das mündliche Fragerecht vorschreibt, aber dem Richter zum sparsamen besonnenen Gebrauche hiezu das Recht giebt. Wollte man einwenden, daß solche Fragen der Verhandlungsmaxime widersprechen würden, so wäre dies irrig (§. 8.); römisches und canonisches Recht haben die Befugniß dem Richter gegeben, und das deutsche Dekretiren beruht auf dem nämlichen Grundsatze. Das Fragerecht des Richters geht nur auf der E r l ä u t e r u n g der schon von den Partheien angegebenen Thatsachen, deren Beschaffenheit er kennen muß, um entscheiden zu können. Auch macht die durch das Fragerecht bewirkte Pflicht der Partheien zur persönlichen Erscheinung keine Schwierigkeit, da der Fall nicht so häufig eintreten würde, auch nicht eingesehen ist, warum derjenige, welcher den Zweck will, nicht auch die Mittel wollen soll. Die badische Prozeßordnung von 1831 [10]) giebt dem Richter das Recht über erhebliche, zur thatsächlichen Streitfrage gehörigen Thatumstände, die von den Partheien vorgetragen sind, aber welchen es noch an der nöthigen Bestimmtheit und Vollständigkeit

---

10) Art. 338.

fehlt, im Laufe der Verhandlungen, und selbst nach dem Schlusse derselben, Fragen an die Partheien zu stellen und hiezu eine besondere Tagfahrt zu bestimmen. Erscheint die vorgeladene Parthei nicht [11], oder weigert sich die erschienene Antwort zu geben, ohne hinreichenden Grund der Weigerung anzugeben, so wird die Thatsache, worauf die Frage gerichtet war, als zugestanden angenommen [12].

II. Sehr wichtig ist das schon im römischen Rechte den Partheien gegebene Recht [13] interrogationes in jure zu stellen, welche im römischen Prozesse der Parthei noch einen bedeutenden Vortheil durch die actio gaben, die aus der Antwort der Fragende erhielt, indem auf diese Art ein gerichtliches Geständniß erlangt werden konnte [14], und wo noch der Vortheil gegeben war, schnell die Legitimation zur Sache durch die Frage herzustellen [15] und den Nachtheilen der Pluspetition zu entgehen [16], und überhaupt die Schwierigkeiten der Beweisführung zu beseitigen [17]. Das Institut hat unbezweifelt auch in dem canonischen und dem deutschen Prozesse unter verschiedenen Formen fortgedauert, bis der umständliche, schriftliche Prozeß und die Beschaffenheit des Reichsprozesses, in welchem die Partheien nicht leicht persönlich selbst erscheinen konnten, die Einrichtung

---

11) Das Gesetz gestattet auch einen Bevollmächtigten zu senden, weil es sonst zu hart für die oft weit entfernte Parthei gewesen wäre, wenn sie selbst hätte kommen müssen.

12) Bad. Prozeßordn. § 342.

13) Tit. de interrogat. de jur.

14) Brackenhöfft im Archiv für civilist. Praxis XX. Bd. S. 257. 284.

15) Bethmann Hollweg, Versuche S. 277.

16) l. 1. p. l. 2. D. de interrogat.

17) Ueber den heutigen Gebrauch, Brackenhöfft a. a. S. 392.

außer Uebung brachte. Im französischen Prozesse hat sich noch aus den älteren Ordonnances 18) das Institut unter dem Namen: interrogatoire sur faits et articles erhalten 19), obwohl sie dort viele Unvollkommenheiten hat. Die Parthei muß darum in einer förmlichen requête nachsuchen, und darin die Artikel, worüber sie den Gegner vernommen haben will, angeben, worauf ein Urtheil des Gerichts die Artikel als pertinent erklärt und die Vernehmung gestattet. Die Parthei, welche dies Urtheil erhält, muß nun erst bei dem zur Vernehmung deputirten Richter die Ansetzung des Termins betreiben; der zu Vernehmende wird nun 24 Stunden vor der Vernehmung vorgeladen, und erhält auch die Artikel, über die er vernommen wird, obwohl die französische Praxis auch geheime Artikel zuläßt 20), welche nicht mitgetheilt werden. Der Vorgeladene erscheint in Person, und wird nicht vor dem Tribunale, sondern vom deputirten Richter vernommen; bleibt er aus, oder verweigert er die Antworten, so werden die Thatsachen als zugestanden betrachtet 21). Das Protokoll löst die betreibende Parthei aus, und macht, indem er zur Audienz wieder vorladet, davon Gebrauch 22). Auch hier hat wieder der Code de procédure de Genève 23) sehr glücklich die Fehler des

---

18) Schon die ordonnance de Villers-Cotterets v. 1539. ord. de Rousillon, art. 6. ord. de Blois, art. 168. ord. v. 1667 tit. 10 art. 1 kennen dies Mittel als eines der wichtigsten.

19) Art. 324. Code de proc. s. Berriat St. Prix, Cours p. 283. Pigeau I. p. 228. Carré, traité et questions tom. I. p. 447. Rauter, Cours p. 240 — 243.

20) Pigeau l. c. p. 230.

21) Code Art. 330.

22) Pigeau p. 237.

23) S. darüber Exposé des motifs p. 109.

französischen Prozesses vermieden, und alle Vortheile des Instituts gewonnen, indem danach die Abschrift der Artikel, worüber die Parthei vernommen werden soll, nicht wie in Frankreich geschieht, dem Gegner voraus mitgetheilt wird; die Vernehmung über die Thatsachen geschieht auch nicht geheim, wie in Frankreich, sondern in öffentlicher Sitzung vor dem ganzen Tribunal. Die befragte Parthei muß laut, ohne schriftliche Noten antworten, und der Richter sowohl als die Gegenparthei kann alle zur Aufhellung der Wahrheit dienlichen Fragen stellen. Wenn das Tribunal von dem Rechte eine Parthei abgesondert von der anderen zu vernehmen, Gebrauch macht, so müssen doch immer darauf die Partheien mit einander confrontirt werden.

Einfacher hat in neuer Zeit der Entwurf der hessischen Gesetzgebung [24]) den Partheien das Recht gegeben, sogleich in der öffentlichen Sitzung sich über gewisse Thatsachen zu befragen, obwohl es mit der Anwendung der Vorschrift schwer halten wird, da in der Regel nur die Advokaten und nicht die Partheien gegenwärtig sind, die Anwälte aber theils oft nicht antworten können, theils leicht Mittel finden werden, sich der Antwort zu entziehen. Engelhard [25]) giebt jeder Parthei das Recht, in den Prozeß- und Beweisschriften und bei mündlichen Verhandlungen bestimmte, auf die Sache Beziehung habende Fragen dem Gegner vorzulegen. Die badische Prozeßordnung [26]) gewährt im schriftlichen und dem vor Einzelnrichtern geführten Verfahren, ebenso auch in dem mündlichen vor Collegialgerichten geführten

24) Neue Civilprozeßges. II. Heft S. 67.

25) Entwurf. Satz 102.

26) §. 341.

Rechtsstreite [27]), den Partheien das Recht, Fragen an die andere Parthei während des Laufs der Verhandlungen zu stellen; die Fragen werden zuerst von dem Richter geprüft und dann der Parthei mit der Drohung vorgelegt, daß wenn sie nicht antwortet, die Thatsache als zugestanden betrachtet wird.

III. Betrachten wir den preußischen status causae, so ist das Institut unfehlbar höchst achtungswürdig, und selbst mehrere gemeinrechtliche Juristen [28]) rühmen die Einrichtung. Von den neueren Gesetzesentwürfen will v. Reibnitz [29]) den status auch auf das schriftliche Verfahren nach geendigtem Schriftenwechsel anwenden, und in einigen Gesetzbüchern z. B. von Hessen [30]), Lippe-Detmold [31]) ist die Anwendung bereits gemacht. In dem würtembergischen Prozesse ist diese Uebersicht der Streitverhältnisse am Schlusse der Verhandlungen von dem Richter zu bearbeiten (ähnlich wie in Preußen) und der Parthei zur Erklärung vorgelegt [32]). Nach der Verordnung von Lippe-Detmold soll von dem Referenten der status causae et C. ohne Beifügung eines votums ausgearbeitet und den Partheien vierzehn Tage vor Abfassung des Urtheils mit nachrichtlicher Bekanntmachung der hiezu bestimmten Sitzung abschriftlich mitgetheilt werden. Die Partheien haben das Recht,

27) §. 1115. 1116.

28) Borst, einige Grundlinien für eine vernünftige Gesetzgebung S. 34. Gensler, Beiträge zur Gesetzgebung S. 47 Archiv für civilist. Praxis III. Bd. S. 304. S. auch Feuerbach in den Betrachtungen über Oeffentlichkeit S. 247 Not. 3.

29) v. Reibnitz, Versuch I. Bd. S. 124.

30) Hessische Prozeßord. Art. 62. 1. Heft S. 139.

31) S. Verordn. v. 27. Febr. 1816. §. 38.

32) Edikt von 1818 §. 99. 101. Schütz, würtemb. Prozeß S. 278. Scheuerlen, über Abfaſſ. der Gesetzbücher S. 68.

spätestens drei Tage vor der zum Vortrage des Urtheils bestimmten Session, die nach ihrer Meinung vom Referenten wesentlich übersehenen Punkte dem Direktor des Collegiums bemerklich zu machen. So trefflich das Institut zum ganzen Systeme des preußischen Prozesses gehört, so dürfen doch, wenn es sich um die Anwendung auf das schriftliche Verfahren frägt, mehrere Punkte nicht übersehen werden. 1) Schon preußische Juristen [33]) erkennen, daß ein gehörig geführter Schriftenwechsel den status causae leicht entbehrlich mache. Der status soll die bisherigen Verhandlungen controliren, und da, wo der Richter die Partheien vernimmt, wo alle Aufzeichnungen nur durch ihn und nach seiner sogenannten Sichtung geschehen, bedarf es wohl einer Controle; da aber, wo die Partheien selbst ihre Schriften, deren Inhalt von ihnen ausgeht, wohl überlegt ist, einreichen, fällt der Zweck durchaus weg, weil nichts zu controliren da ist. 2) Das Verfahren ist selbst unverträglich mit der Eventualmaxime und der strengen nach Klage und Litiscontestation keine nova duldenden Vorschrift des deutschen Prozesses, indem hier immer noch unvermerkt mehr oder minder nova sich einschleichen werden, und das Verfahren darüber nicht mehr vollständig seyn kann. 3) Der Zweck, daß der Instruent eine Uebersicht erhalte, fällt da, wo der Richter nicht für eine solche Vollständigkeit verantwortlich ist, und wo er nicht sogleich, wie in Preußen, die relevanten Punkte zum Beweise hervorheben muß, weg, so wie 4) auch der Zweck der Ersparung der Interlocute, wie unten erwiesen werden kann. 5) Schreibt man, wie in Preußen, das Verfahren in allen Fällen vor, so macht es in

---

33) S. in Mathis jurist. Monatsschrift XI. Bd. S. 19.

den meisten einen unnöthigen Zeitverlust, da in geringfügigen Fällen auch ohne den status der Zweck leicht zu erreichen ist. 6) Sollen die Vorschriften des preußischen Prozesses genau beobachtet werden, so bedarf es eines sehr gewandten und ausgezeichneten Richters, dem hinreichend Zeit gelassen werden muß; hat aber die Gesetzgebung nicht Grund, blos auf ausgezeichnete Richter zu rechnen, so wird, wie die Einsicht der Akten lehrt, der status häufig als bloße Formalitat betrachtet, und oberflächlich und daher nutzlos gearbeitet. 7) Schon in Preußen hat man auch die Bedenklichkeit geäußert[34]), daß der Richter sich durch Lesung und Aufnahme des status in die Relation leicht der Mühe überheben könnte, die vorherigen Verhandlungen zu lesen, auf die er sich gründet, und von denen er nur Wiederholung ist; galt dort die Bedenklichkeit, so muß man in Deutschland noch mehr Bedenken haben, wo gewöhnlich der instruirende Richter auch referirt, und wo, wenn man dies ändern wollte, die ganze Gerichtsverfassung eine Abänderung erleiden müßte.

In neuerer Zeit hat Malinkrodt[35]) den Vorschlag gemacht, in Fällen, in welchen der Kläger einen Justizkommissar gewählt, und der Beklagte gleichfalls einen Justizkommissar bestellt hat, den Mandatarien beider Theile aufzugeben, binnen einer zu bestimmenden Frist eine species facti gemeinschaftlich zu entwerfen, die Punkte zu bemerken, über welche sie sich nicht vereinigen konnten, und den sonach regulirten status causae dem Gerichte zu überreichen, worauf erst das Gericht die Punkte bestimmt, über welche Beweis aufgenommen werden soll.

---

34) v. Reibnitz, Versuch S. 340.
35) Der preuß. Prozeß S. 5.

Wenn auch zuvor Bedenklichkeiten gegen die Einführung des status causae in das schriftliche Verfahren geäußert wurden, so müssen noch mehr gegen die vorgeschlagenen Modifikationen gemacht werden, weil sonst alle Vortheile verloren gehen, welche aus der preußischen Einrichtung gewiß entstehen können. Nur eine gemeinschaftliche Thätigkeit des Instruenten mit den Partheien oder ihren Bevollmächtigten, nur persönliche Vernehmung führt zum Ziele, wenn etwas Gutes herauskommen soll. Sowohl wenn der Referent, wie in Lippe-Detmold, den status causae entwirft, als wenn Advokaten ihn entwerfen sollen, ist der Weg vorgezeichnet, auf welchem leicht die weise Einrichtung in eine nutzlose Formalität ausartet, und bei der letzten Art sind noch Streitigkeiten unvermeidlich, so daß am Ende sich kein status reguliren läßt. Unfehlbar hängt das Institut des status causae mit einem anderen Grundsatze des preußischen Prozesses zusammen, nach welchem keine der Rechtskraft fähigen Beweisinterlocute, sondern nur Beweisdekrete vorkommen [36]). Giebt man dieser Vorschrift nicht Beifall (und der Verfasser dieser Schrift glaubt noch immer, daß die gemeinrechtliche Einrichtung den Vorzug verdiene), so ist ein Hauptzweck der Auffassung des status causae ohnehin weggefallen.

IV. Eine andere Einrichtung ist noch die Oldenburgische [37]), nach welcher nach beendigtem Schriftenwechsel regelmäßig nach eingereichter Klage- und Exceptionsschrift der Richter einen Instruktionstermin bestimmt, zu welchem die Partheien in der Regel in Person mit ihren Anwälten vorgeladen

36) Gaertner, Kritik des Untersuchungsprinzips S. 162.

37) Oldenburg. Prozeßordn. v. 1824 §. 14.

werden und wo der Richter durch geeignete Fragen an die Partheien den Streitpunkt so weit festsetzt, daß die Sache entweder zu einem Definitiv- oder zu einem Beweiserkenntnisse instruirt ist.

Alle diese bisher bezeichneten Wege sind nur verschiedene Formen und Mittel zu einem Ziele. So viel ist gewiß, daß keine Prozeßform diese Mittel entbehren kann. Weder der schriftliche Prozeß, noch die sogenannte Mündlichkeit, wenn sie nur im Rezessiren vor Gericht besteht, kann dies Mittel entbehren, wenn eine vollständige Grundlage der Entscheidung gewährt werden soll. Ohne das Recht der Fragenstellung der Partheien, ohne die Befugniß des Gerichts aufklärende, bestimmte Fragen an die Partheien oder ihre Bevollmächtigten zu stellen, ist selbst bei eingeführter Mündlichkeit, d. h. bei dem Plaidiren in Audienzen, eine zweckmäßige Streitführung nicht möglich [38]).

Das zuverlässigste Mittel, wodurch der Streitpunkt erschöpfend hergestellt werden kann, ist ein durch ein schriftliches Vorverfahren als Grundlage eingeleitetes mündliches Verfahren vor den urtheilenden Richtern, und der Werth desselben wird erhöht, wenn Institute, wie die französische Comparution des parties und das interrogatoire sur faits etc. (mit zweckmäßigen Verbesserungen) [39]) eingeführt werden. Will dies der Gesetzgeber nicht, so ist am meisten von dem richterlichen Fragerechte und der Befugniß der Partheien, Fragen aneinander zu stellen, zu

---

38) Es ist interessant darüber die eigenen Geständnisse der Redaktoren der Prozeßordnung für Genève in exposé des motifs S. 111 zu hören.

39) Namentlich verdienen (außer den angeführten Genfer Vorschriften) noch die Bestimmungen des holländischen Prozeßgesetzbuchs von 1837 Art. 201 — 211 Nachahmung.

erwarten, und es ist zu beklagen, daß durch irrige Auslegung der römischen Stelle [40]): interrogatoriis autem actionibus hodie non utimur und durch die Ausdehnung der Schriftlichkeit die alten interrogationes im deutschen Prozesse für unanwendbar erklärt wurden [41]). Die Vorschriften des badischen Prozesses haben sich in der Praxis als zweckmäßig bewährt.

Am wenigsten aber möchten wir eine neuere Ansicht billigen, welche, um die Sache recht gut zu machen, alle möglichen Formen in einem Prozesse verbindet, und daher ein schriftliches Vorverfahren, die Regulirung eines status causae und zuletzt eine mündliche Verhandlung durch Plaidoirieen, fordert. Dies hat der baierische Entwurf von 1827 [42]) gethan [43]); es mußte aber bald einleuchten, daß in der Mehrzahl der Fälle durch eine solche Häufung der Formen unnöthige Verschwendung von Geld, Zeit und Kraft begründet wird [44]).

40) l. 1. §. 1. D. de interrog. in jure.

41) Brackenhöfft im Archiv XX. Bd. S. 392—399.

42) Baier. Entwurf von 1827 Art. 213. Eine von dem Instruenten verschiedene Person soll den status causae aufnehmen. — Nach dem Berichte der Kommission der zweiten Kammer S. 178. erklärte sich die Majorität für den Vorschlag des Entwurfs.

43) Es ist zwar zu bemerken, daß nach dem baier. Vorschlag nur der Richter, ohne eine Tagfahrt mit den Partheien und ohne ihr Mitwirken, den status causae entwerfen sollte.

44) Die Motive des baier. Entwurfs S. 128 beriefen sich auf die braunschw. Einrichtung, wo seit 1823 dieser status causae so entworfen wurde; allein diese Einrichtung wurde in Braunschweig wieder aufgehoben.

§. XVIII.

Einrichtung von Schlußverhandlungen zur Sicherheit der Partheien.

Verschiedene Gesetzgebungen gestatten, nach geschlossenen Verhandlungen, den Partheien oft noch eine mündliche Auseinandersetzung ihrer Gründe, eine Art von Plaidiren, und noch in neuester Zeit ist diese Einrichtung als höchst zweckmäßig und als eine Verbindung des preußischen oder deutschen Verfahrens mit dem französischen von mehreren Schriftstellern 1), so auch von Bessel 2), Malinkrodt 3), Reibnitz 4) vorgeschlagen 5), und in mehreren neuen Schweizergesetzgebungen 6) ist der Vorschlag realisirt und gestattet worden. Eine solche mündliche Schlußverhandlung kann unter drei Gesichtspunkten betrachtet werden:

I. als ein Mittel zur Ergänzung und Vervollständigung der Verhandlungen, damit darin noch alles, was die Partheien irgend zur Erläuterung für nöthig halten, entwickelt, und das unnöthige Schreiben gespart werde;

II. als ein Mittel, wodurch den Partheien Sicherheit gewährt wird, daß die in den Akten liegenden Verhandlungen treu und vollständig durch das

---

1) S. auch niederrhein. Archiv II. Bd. S. 270.

2) Bessel, die Gesetzgebung der Rechtspfl. S. 17. 19.

3) Der preußische Prozeß S. 4. und 30.

4) Ideal der Gerichtsordnung I. Thl. S. 129.

5) S. auch Graf Arco über die Zunahme der Berufungen S. 133.
Puchta, Beiträge S. 390.
Feuerbach, Betrachtungen S. 321.

6) Bernisches Gesetzbuch Satz 291.

Medium des Referenten an das versammelte Collegium, welchem die Entscheidung des Falles obliegt, gelangen;

III. als ein Mittel, wodurch auch dem Civilprozesse Oeffentlichkeit gegeben werden kann.

Unter diesen Gesichtspunkten scheint die Einrichtung den Forderungen der Partheien zu entsprechen: 1) daß es ihnen möglich gemacht werde, alles, was sie zur richtigen Beurtheilung des Streits für nöthig halten, vollständig vorzutragen, 2) daß sie Sicherheit erhalten, daß auch das von ihnen Vorgetragene den Richtern bekannt werde, so wie 3) der Forderung der Oeffentlichkeit (§. 9.).

Die Zweckmäßigkeit oder Nothwendigkeit dieser Einrichtung hängt wieder mit dem ganzen Systeme des Civilprozesses zusammen. Da, wo die Partheien oder ihre Rathgeber selbst mündlich dem versammelten Gerichte die Streitsache vortragen, z. B. im französischen Prozesse, fällt der doppelte Zweck der abgesonderten Schlußverhandlungen weg, außer dann, wenn nach geendigten Verhandlungen ein Referent aufgestellt wird, wo der zweite Zweck der Einrichtung wichtig werden kann, um dem untreuen oder unvollständigen Vortrage des Referenten vorzubeugen, daher auch der französische Prozeß in Fällen, wo ein Referent vorträgt, den Anwälten nach geendigtem Vortrage des Referenten gestattet, Noten dem Präsidenten zu überreichen, und Lücken oder den Mangel der Genauigkeit zu rügen 7), wobei die französischen Schriftsteller 8) bemerken, daß man, um das Ausschweifen der Anwälte in ein unnützes Plaidiren zu verhindern, sich genöthigt gesehen habe, das frühere Recht neuer Vorträge aufzuheben.

---

7) Code Art. III. tarif 85.

8) Berriat St. Prix, p. 224. not. 8, 9.

Vorzüglich bei dem schriftlichen und dem in Preußen üblichen Verfahren kann, weil erst durch einen Referenten das Collegium die Verhandlungen kennen lernt, die Einrichtung einer mündlichen wichtig werden, von welcher aber wieder verschiedene Formen sich denken lassen, so daß 1) entweder blos ein Schlußtermin zur mündlichen Verhandlung, besonders zum Vortrage der Rechtsgründe [9]) angesetzt wird, oder 2) daß die Partheien bei dem Vortrage des Referenten selbst, wenigstens bei dem faktischen Theile desselben, gegenwärtig seyn können, und danach, wie z. B. nach französischem Prozesse Noten übergeben können, oder 3) daß sie selbst umständlich erst, wenn der Vortrag erstattet ist, bei dessen Ablesung aber, z. B. nach Reibnitz [10]), die Partheien nicht gegenwärtig seyn dürften, plaidiren. Der Erfolg dieser Einrichtung hängt wieder vom vorhergegangenen Verfahren ab.

1) Ist ganz schriftlich verhandelt, so daß faktische und rechtliche Gründe zusammen vorgetragen wurden, so fällt der Zweck, Vollständigkeit zu erreichen, weg, da die Partheien vollständig in ihren Schriften sich erklären konnten.

2) War der faktische Vortrag ganz von dem rechtlichen getrennt, so muß die Schlußverhandlung für den Vortrag der Rechtsgründe benutzt werden, obwohl auch durch die Erlaubniß schriftliche Deduktionen einzureichen, z. B. wie in Preußen oder in Würtemberg, nachgeholfen werden kann.

---

9) Z. B. in Würtemberg in einfachen Fällen, Edikt v. 31. Dez. 1818 §. 121, es sollen nur die Hauptmomente jener Vorträge zu Protokoll genommen werden; eine Verfügung, welche selbst rechtsgelehrte, gebildete Protokollführer fordert, und Streit über das, was protokollirt werden soll, erweckt.

10) v. Reibnitz, Ideal I. Bd. S. 129.

Am wichtigsten wird nur der zweite Gesichtspunkt der Sicherheit für die Partheien, besonders wenn das Urtheil von einem Collegio gefällt, der Prozeß selbst vor einem Gerichtsdeputirten instruirt worden ist. Hier erweckt allerdings a) die Erfahrung von den so leicht den Collegialgang begleitenden Mißbräuchen gegründete Besorgnisse; und nicht weniger wird b) die Erfahrung wichtig, daß nicht selten Referenten nachlässig oder untreu Akten extrahiren, und nachlässige oder mit anderen Geschäften überladene Votanten gleichgültig zuhören, oder halb auffassen; c) selbst die Erfahrung, wie leicht gerade bei der Anordnung der Separationsmethode im Referiren von dem Referenten Thatsachen weggelassen, aus dem Zusammenhange gerissen, oder in falsches Licht gestellt werden können, erzeugt gegründete Besorgnisse bei den Partheien und rechtfertigt ihre Forderung, den Vortrag des Referenten selbst controliren zu können. Es kömmt nur darauf an, zu prüfen: ob die Einrichtung, wenn den Partheien oder Anwälten das Recht der Gegenwart bei dem Vortrage verstattet wird, nicht Nachtheile habe, und ob man dafür keine Surrogate vorschlagen könne. In neuerer Zeit haben zwei achtungswürdige Kenner des Prozesses, v. Gönner[11]) und Gensler[12]), auf mehrere Nachtheile aufmerksam gemacht, und bemerkt 1) daß die Vorladung der Partheien nicht einmal gut möglich sey, da sich nicht bestimmen lasse, an welchem Tage die Sache zum Vortrage komme; 2) daß durch die Einstreuungen der Advokaten leicht die Sache noch trüber und verwirrter würde; 3) daß

---

11) v. Gönner, Comment. S. 399.

12) Gensler, im Archiv für civilist. Praxis III. Thl. S. 304. Not.

neue Kosten für die Partheien dadurch entstünden, wenn immer die Anwälte den oft lange dauernden Vorträgen beiwohnen sollten; 4) daß oft gehässige Anklagen und Kritiken der Vorträge und Nachtheile wegen des leichten Auffassens irgend einer schwachen Aeußerung des Referenten oder eines Beisitzers entstehen würden, daß dadurch das Zutrauen zu dem Collegio leicht leiden möchte, daß auf jeden Fall die Vorträge ermüdend weitläufig würden, weil darin die Referenten den einzigen Schutz gegen gehässige Anfechtungen fänden. — Allen diesen Nachtheilen läßt sich vorbeugen, wenn 1) die Einrichtung nicht zum Zwange erhoben, sondern blos den Partheien die Befugniß zur Gegenwart gegeben wird, wenn sie wollen. Die Rücksicht auf die Kosten verschwindet dann ohnehin, und um so mehr als bei Prozeßformen, welche reellen Nutzen gewähren, zur Beförderung der Gründlichkeit und der Rechtssicherheit beitragen, es auf Kosten nicht ankömmt. Schwerlich kann aber die Einwendung, daß sich der Tag des Vorkommens der Sache nicht bestimmen lasse, ein Hinderniß machen, da es einem mit Geschäften vertrauten Collegialvorstande nicht schwer fallen wird, wenn er die Referenten und die vorkommenden Rechtssachen kennt, für eine Woche voraus zu bestimmen, an welchem Tage der Vortrag erstattet werden soll, wobei die Partheien auf eine kleine Zögerung, bis etwa die vorhergehende Sache erledigt ist, nicht Werth legen. 2) Vorzüglich dürfte das Recht der Partheien nur auf die Gegenwart bei dem faktischen Theile des Vortrages beschränkt, und das Recht ihres eigenen Vortrages genau bestimmt werden. Nur im Falle, wenn die Anwälte im Vortrage Lücken oder Fehler gegen die Genauigkeit gefunden haben, dürfte ihnen ein Recht der Einwendung zustehen,

welche auch sogleich mündlich dem Gerichte angegeben werden muß. Bei der Ausführung dieser Einrichtung hängt aber viel wieder von dem Ernste und dem Ansehen eines Gerichtsvorstandes ab, welcher das Ausschweifen der Partheien in unnütz wiederholende Vorträge verhindern muß. Erwägt man auch, daß der faktische Theil des Vortrags immer gut ist, wenn er nur treu, vollständig, klar und lichtvoll ist, so finden die Partheien dabei auch nicht viel zu kritisiren, was wohl mehr der Fall wäre, wenn sie bei dem Vortrage des rechtlichen Theils oder bei der Berathung gegenwärtig seyn dürften. Ueber unverständige Kritik setzt sich der Verständige leicht hinweg und eine verständige treibt den Referenten desto eher an, recht zweckmäßig, treu und klar vorzutragen. Sehr unzweckmäßig ist es aber, wenn man nach einigen Vorschlägen noch nach angehörtem Vortrage des Referenten den Anwälten der Partheien das Plaidiren gestatten will, weil dies nothwendig in ein nutzloses Wiederholen und Ausführen schon lange vorgekommener Thatsachen und Gründe ausarten würde.

Mag nun in diesem Widerstreite der Meinungen über die Verbesserung des bürgerlichen Prozesses der Gesetzgeber auf eine oder die andere Seite sich wenden, mag er entweder durch Erweiterung der richterlichen Thätigkeit (nach preußischen Ansichten), oder durch eine Belebung des mündlichen Vortrags vor den urtheilenden Richtern (nach dem französischen Systeme) das Verfahren verbessern wollen, so ist nur Eines lebhaft zu wünschen, daß er nicht in einer bunten Häufung verschiedenartiger Formen sein Heil suche, und, indem er den Partheien alle möglichen Mittel, ihr Recht zu verfolgen, darbietet, und alle irgendwo erprobten Mittel der Prozeßführung

anwendet, zuletzt dem Volke eine Prozeßgesetzgebung giebt, welche nur der Chikane den Weg zeigt, wie sie die Prozesse in die Länge ziehen kann, durch die Anwendung verschiedenartiger Formen das Gesetz der Einfachheit und Sparsamkeit ebenso wie die gerechte Forderung der Rechtsuchenden verletzt, die Forderung nämlich, auf dem minder kostspieligsten, einfachsten und schnellsten Wege zu dem Rechte zu gelangen, und einen größeren Aufwand von Kraft da nicht vorzuschreiben, wo durch geringere Kraft das Nämliche hätte erreicht werden können.

Von dem vorliegenden Werke sind ferner erschienen:

Mittermaier, Dr. C. J. A., der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß in Vergleichung mit dem preußischen und französischen Civilverfahren und mit den neuesten Fortschritten der Prozeßgesetzgebung. Zweiter Beitrag, zweite durchaus umgearbeitete und sehr vermehrte Auflage. 1827.

1 Thlr. — 1 Fl. 48 Kr.

— — Dritter Beitrag, zweite durchaus umgearbeitete und sehr vermehrte Auflage. 1832.

1 Thlr. 8 Ggr. — 2 Fl. 24 Kr.

— — Vierter Beitrag, auch unter dem Titel: die summarischen Verfahrungsarten des gemeinen deutschen Prozesses in Vergleichung mit dem preußischen und französischen Verfahren und mit den neuesten Fortschritten der Prozeßgesetzgebung. 1826.

1 Thlr. 4 Ggr. — 2 Fl. 6 Kr.

Bonn, im Juli 1838.

Adolph Marcus.

Bögl.

Mittermaier, Carl Joseph Anton,

Der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß in Vergleichung mit dem preuß
ischen und französischen Civilverfahren und mit den neuesten Fortschritten
der Prozeßgesetzgebung
Bd.: 1. - 3. Aufl. - 1838. - VIII, 245 S.

Bonn 1838

J.pract. 183 p-1
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10554437-1